

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**



ACREDITADA INTERNACIONALMENTE
Res. CEUB 1126/2002

MONOGRAFÍA

**"LA NECESIDAD DE INCORPORAR LA FIGURA DE
PRESCRIPCIÓN E IRRETROACTIVIDAD DE LA
ACCIÓN EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN
PÚBLICA"**

Para optar el título académico de Licenciado en Derecho

POSTULANTE: WENSESLAO CONDE CASTILLO

TUTOR ACADÉMICO: DR. JAVIER QUENTA FERNANDEZ

**INSTITUCIÓN: FISCALÍA DEPARTAMENTAL
DE LA PAZ**

La Paz-Bolivia
2013

DEDICATORIA:

***Para mi amada esposa, Mercedes Ramirez y mi
querida hija Wilma Jeannette, luces de mi inspiración
en el camino de mi vida.***

AGRADECIMIENTOS:

A, la Facultad de Derecho, de la Universidad Mayor de San Andrés, Alma Mater de mi formación profesional, y a mi tutor académico Dr. Javier Quenta Fernández, quienes fueron fundamentales para realizar el presente trabajo.

Y al Ministerio Público, en especial a la Fiscalía Departamental de La Paz, institución pública que me acogió para la realización de mis prácticas preprofesionales.

INTRODUCCIÓN

La presente monografía, en si constituye un análisis del régimen jurídico nacional mediante el cual se crearon los nuevos tipos penales, concernientes a los hechos de corrupción pública, sus carácter imprescriptible e irretroactivo, conjuntamente con la tramitación de los mismos, relacionados con el trabajo dirigido realizado en la División de Corrupción Pública de la Fiscalía Departamental de La Paz.

Asimismo, se tendra presente un arduo estudio de la norma constitucional nacional que contempla la denominada retroactividad benigna en materia laboral y penal ampliamente aceptada en todos los sistemas legales del mundo, y el principio de legalidad al permitir la aplicación retroactiva de la ley penal en materia penal referida a los delitos de corrupción.

La corrupción como tal moral, es un mal moral y ético que afectaba directamente el patrimonio del estado, y su impunidad beneficia directamente a los directos responsables de la comisión de estos ilícitos y es que se debe entender que no solo los funcionarios públicos son sujetos activos en la comisión de tales delitos, sino también la sociedad civil toda vez que algunos individuos específicos tratan de obtener beneficio o ventaja incurriendo en tal práctica que conlleva a la comisión del hecho delictual. Pero existe también el extremo opuesto que cree fielmente en su erradicación y lucha frontal, es un deber de la ciudadanía en su eficaz eliminación además, por la debilidad de las penas conminadas para los autores de delitos contra el patrimonio del Estado, la fuga de los involucrados al extranjero, la rebeldía ante la justicia y las demoras en los procesos penales por ritualismos y formalidades de los tribunales que han limitado su acción.

Fianlamente, que con el presente trabajo no se pretende dejar definido que nuestro país, no tuvo normativas que condenen la corrupción de una manera global, al contario lo que se pretende es dejar establecido de manera puntual y sistemático la

evolución de las normativa relacionada con los delitos de corrupción pública, así el estudio de la Ley N° 004 de Ley de Lucha Contra la Corrupción Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz, promulgada el 31 de marzo de 2010, mediante la cual se crea nuevos tipos penales, concernientes a los delitos de corrupción pública y el estudio y tratamiento de la irretroactividad y la imprescriptibilidad.

- ÍNDICE GENERAL-

INTRODUCCIÓN

TÍTULO PRIMERO.....Pag. 1

CAPITULO I.....Pag. 1

TEMA:

"LA NECESIDAD DE INCORPORAR LA FIGURA DE PRESCRIPCIÓN E IRRETROACTIVIDAD DE LA ACCIÓN EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA".....Pag.1.

1. FUNDAMENTACIÓNPag.1.

1.1 DELIMITACIÓN TEMATICA.....Pag 3.

1.1.a DELIMITACIÓN TEMPORAL.....Pag 3.

1.1. b DELIMITACIÓN ESPACIALPag 3

1.2 MARCO INSTITUCIONAL.....Pag 3

1. 3 MARCO TEÓRICO.....Pag.3

1.4MARCO HISTÓRICO.....Pag.5

1.5 MARCO CONCEPTUAL.....Pag.6

1.6 MARCO JURIDICO POSITIVO VIGENTE Y APLICABLE.....Pag.9

1.7 PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA.....Pag.14

1.8 OBJETIVOSPag.15

1.8.1 OBJETIVO GENERAL.....Pag.15

1.8.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.....Pag.15

TÍTULO SEGUNDO.....	Pag.17
----------------------------	---------------

CAPITULO I

LA CORRUPCION, SUS CATEGORIAS Y EL CLIENTELISMO

1.1 Categorías de corrupción.....	Pag.18
1.2 Ética en la función pública	Pag.19
1.3 Clientelismo	Pag.20
1.4. Clientelismo político administrativo	Pag.20
1.4.1 Clientelismo en el sistema judicial	Pag.22
1.4.2 El poder del clientelismo	Pag.23

CAPTITULO II

LA CORRUPCION EN BOLIVIA.....

Pag.25

2.1. POLÍTICA NACIONAL DE DESCOLONIZACIÓN DE LA ÉTICA PÚBLICA Y REVOLUCIÓN EN EL COMPORTAMIENTO DE LAS SERVIDORAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	Pag.25
---	---------------

CAPTITULO III

LA PRESCRIPCIÓN Y LA IRRETROACTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN.....

Pag.35

3.1. LA PRESCRIPCIÓN DE LA LEY EN MATERIA DE CORRUPCIÓN...Pag.35
3.2 LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY.....Pag.37
3.3 LA RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL.....Pag.41
3.4 TEORIAS SOBRE LA RETROACTIVIDAD E

IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES.....	Pag.42
3.5 LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL	
Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	Pag.44
3.6 LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN LOS TRATADOS Y	
CONVENIOS INTERNACIONALES.....	Pag.47
CAPTITULO IV	
LA IRRETROACTIBILIDAD DE LA LEY PENAL EN BOLIVIA.....	Pag.49
4.1 LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO.....	Pag.16
4.2EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, LOS TRATADOS	
Y CONVENIOS INTERNACIONALES Y LA RETROACTIVIDAD	
DE LA LEY PENAL.....	Pag.50
4.3 EL CODIGO PENAL BOLIVIANO.....	Pag.52
4.4 LA LEY MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ, LEY No. 004,	
LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCION,	
ENRRIQUECIMIENTO ILICITO E INVESTIGACION DE FORTUNAS...	Pag.52
4.5ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCRETA,	
CONTRA EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE	
LA LEY 004 DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN,	
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS	
"MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ".....	Pag.53

4.5.1 PARTES CONSIDERATIVAS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL N° 0770/2012 DE 13 de Agosto De 2012.....	Pag.55
---	--------

CAPÍTULO V

PROPUESTA.....	Pag.66
-----------------------	---------------

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA.....	Pag.68
--	--------

EFFECTIVIZACIÓN DE LA PROPUESTA.....	Pag.70
--------------------------------------	--------

CONCLUSIONES.....	Pag.71
--------------------------	---------------

RECOMENDACIONES.....	Pag.72
-----------------------------	---------------

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

TÍTULO PRIMERO

CAPITULO I

TEMA:

"LA NECESIDAD DE INCORPORAR LA FIGURA DE PRESCRIPCIÓN E IRRETROACTIVIDAD DE LA ACCIÓN EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA"

1.- FUNDAMENTACIÓN

La corrupción esta tan avanzada en las democracias emergentes en América Latina, en tal, es que se hace necesaria que la misma sea extirpada, o por lo menos ser detenida. Tal es el caso en nuestro país que sin lugar a duda se inició desde el nacimiento como estado independiente, y desarrollándose, posteriormente con el crecimiento del aparato estatal, empero se realiza esta afirmación no con la intención de confundir al lector, puesto que la corrupción como tal tiene una trascendencia antiquísima, es por eso que este mal debe combatirse y cual es lineamiento doctrinal que va de la par del lineamiento jurisprudencial, ya que los países latinoamericanos tienen como un modelo jurídico la erradicación de la corrupción, a través la generación de nuevas leyes que puedan superar los conflictos de intereses, exigiendo mayores rendiciones de cuentas y sistemas de pesos y contrapesos para evitar la impunidad.

La corrupción como tal es un mal moral y ético que afecta afectaba directamente el patrimonio del estado, y su impunidad beneficia directamente a los directos responsables de la comisión de estos ilícitos y es que se debe entender que no solo los funcionarios públicos son sujetos activos en la comisión de tales delitos, sino también la sociedad civil sin la intención de generalizar su comportamiento, ya que algunos individuos específicos tratan de obtener beneficio o ventaja incurriendo en tal práctica que conlleva a la comisión del hecho delictual. Como vulgarmente se dice será que la corrupción sea un mal necesario, de práctica incluso cotidiana, que sin ninguna intención maliciosa se encuentra inserta muy dentro en la idiosincrasia Boliviana.

Pero existe también el extremo opuesto que cree fielmente en su erradicación y lucha frontal, es un deber de la ciudadanía en su eficaz eliminación además, por la debilidad de las penas conminadas para los autores de delitos contra el patrimonio del Estado, la fuga de los involucrados al extranjero, la rebeldía ante la justicia y las demoras en los procesos penales por ritualismos y formalidades de los tribunales que han limitado su acción, que atentan directamente al estado y a la sociedad como tal.

Es necesario aclarar, que con el presente trabajo no se pretende dejar definido que nuestro país, no tuvo normativas que condenen la corrupción de una manera global, al contario lo que se pretende es dejar establecido de manera puntual y sistemático la evolución de las normativa relacionada con los delitos de corrupción pública, asimismo es importante el estudio de la Ley N° 04 de Ley de Lucha Contra la Corrupción Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz, promulgada el 31 de marzo de 2010, mediante la cual se crea nuevos tipos penales, concernientes a los delitos de corrupción pública y el estudio y tratamiento de la irretroactividad y la imprescriptibilidad, en conexitud con el trabajo realizado en la Fiscalía Departamental de La Paz, relacionado con los delitos de corrupción pública y su tratamiento en el proceso judicial correspondiente, siendo necesaria realizar un enfoque sistemático jurídico practico, de esta clase de delitos que atentan directamente al Estado.

Más allá que esta disposición constitucional, aparentemente, pretende poner en evidencia una mayor voluntad de persecución penal de los delitos de corrupción por parte del Estado el hecho concreto es que rompe uno de los principios y garantías elementales del derecho penal de un Estado de derecho. En ese sentido la aplicación retroactiva de la ley penal autorizada por la Constitución Política boliviana termina siendo más bien una expresión de arbitrariedad que puede terminar generando afectación a derechos fundamentales.

1.1 DELIMITACIÓN TEMÁTICA:

La delimitación temática de la investigación monográfica esencialmente, se basará en el régimen jurídico nacional mediante el cual se crearon los nuevos tipos penales, concernientes a los hechos de corrupción pública, sus carácter imprescriptible e irretroactivo.

En esta monografía también se tendrá presente un arduo estudio de la norma constitucional nacional que contempla la denominada retroactividad benigna –en materia laboral y penal- ampliamente aceptado en todos los sistemas legales del mundo, y el principio de legalidad al permitir la aplicación retroactiva de la ley penal en materia penal referida a los delitos de corrupción.

1.1.a DELIMITACIÓN TEMPORAL

La investigación de la monografía se llevara a cabo, desde la promulgación de la Ley N° 04 de Ley de Lucha Contra la Corrupción Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz, promulgada el 31 de marzo de 2010. Asimismo su tratamiento anterior o análogo de estos ilícitos.

1.1. b DELIMITACIÓN ESPACIAL

En ese sentido, la investigación de la monografía se efectuara, tomando en cuenta el trabajo realizado en calidad de pasantía en la Fiscalía Departamental de La Paz, División de Corrupción Pública, su tratamiento en el proceso judicial correspondiente.

1.2 MARCO INSTITUCIONAL

En cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Artículo 71 del Reglamento del Régimen Estudiantil de la Universidad Boliviana, aprobada en el Congreso Nacional de Universidades, la Resolución del Honorable Consejo Facultativo N° 924/

2007 y el Convenio firmado entre la Fiscalía Departamental de La Paz y la Universidad Mayor de San Andrés.

Mediante memorándum CITE: N° 367/2012 de fecha 25 de junio de 2012, se me designo como pasante jurídico a tiempo completo en la Fiscalía Departamental de la ciudad de La Paz, en la División Propiedades, debiendo realizar labores bajo la modalidad de Trabajo Dirigido, por el lapso de ocho meses, bajo la dirección de la Fiscal de Materia de la División Propiedades Dra. Elena Carmen Palomeque Rivero, la misma que fue removida a la División de Corrupción de Corrupción Pública, en conformidad con el Artículo 34 inc.) 10 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, fui resignado en mis funciones mediante memorándum CITE N° 469/2012, a la división y la fiscal precedentemente citada.

1.3 MARCO TEÓRICO

Para Muñoz Conde la prescripción viene a ser “una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos. Su fundamentación radica, pues, más en razones de seguridad jurídica, que en consideraciones de estricta justicia material. Se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo, una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haberse cumplido la sanción”

Desde otra vertiente, Bustos Ramírez anota que “después de pasado un determinado tiempo se estima innecesaria la pena, no sólo por razones de tipo preventivo-general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de la pena”

Por su parte, Berdugo Gómez de La Torre, resume los distintos argumentos que desde intentan fundamentar la prescripción, señalando lo siguiente: “a) Desde la perspectiva de la prevención especial se considera que el Derecho penal no debe actuar sobre

quien ha logrado su reinserción social avalada por su abstención a delinquir durante un largo tiempo. b) Se considera que la prescripción elimina un estado de incertidumbre en las relaciones jurídico-penales entre el delincuente y el Estado, fortaleciéndose así la necesaria seguridad jurídica. c) Desde una perspectiva procesal se destaca que un prolongado período de tiempo dificulta, si no hace imposible, la valoración de la prueba. d) Con el paso del tiempo, la razón de persecución y castigo del hecho delictivo se debilita o, mejor, se extingue, con lo que los fines básicos de la pena resultan prácticamente inalcanzables.

GüntherJakobs sobre su teoría del Derecho Penal del Enemigo, básicamente afirma que en delitos que afecten de manera a los intereses del estado se puede efectuar las siguientes características: a) un adelantamiento de la punición a un estadio previo a la afectación de bien jurídico; b) un incremento desproporcionado de las penas y c) la relativización o supresión de algunas garantías procesales.

Claus Roxin propone una teoría nueva conocida como: la teoría de la “infracción del deber”. Según él, existirían dos grupos de delitos: los “delitos de dominio”, en los cuales el tipo penal exigiría del autor un “dominio del hecho”, y los “delitos de infracción del deber”, en los cuales el tipo penal solamente exigiría la “infracción” de un “deber especial” en el autor. Luego, en los delitos especiales se trataría precisamente de este último grupo de delitos, motivo por el cual debiera bastar con la “infracción del deber” para admitir la autoría; sería totalmente prescindible el “dominio del hecho”.

La prescripción de la acción la doctrina alemana, admite que la “prescripción” solamente tendría una naturaleza “procesal”; por eso sería posible cambiar “retroactivamente” los plazos de prescripción de la acción, sea directamente, sea indirectamente. Jaris Mujica lanza una teoría sobre la corrupción, en que la misma no constituye una ruptura de las relaciones, sino más bien, un modo particular y complejo de relacionarse. Lejos de ser un epifenómeno de los asuntos jurídicos, de la

economía o de la política, la corrupción es un fenómeno que constituye un entramado de técnicas y estrategias que permiten movilizar las relaciones de poder y generar prácticas políticas entre los actores en el núcleo mismo de las instituciones y en la vida cotidiana.

Horwitz Lennon afirma que “aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda. San Martín Castro señala que la prescripción es la extinción que se produce, por el sólo transcurso del tiempo, del derecho a perseguir o castigar a una persona, cuando desde la comisión del hecho punible hasta el momento en que se trata de enjuiciarlo o después de haberse dictado sentencia firme, se ha cumplido el lapso marcado por la Ley. Para tal efecto, se debe adoptar la definición de prescripción como “un medio de liberarse de las consecuencias penales y civiles de una infracción penal o una condena penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la Ley.

1.4 MARCO HISTÓRICO

Si bien, la corrupción ha sido característica de todas las formas de Estado Republicano, y es una herencia de la colonia, en el actual modelo neoliberal adquiere características propias. Como recordamos todos, la privatización y la posterior capitalización tenían como pretexto la ineficiencia de la administración estatal de empresas por la corrupción.

Se había establecido ya, también desde los organismos de cooperación internacional, y a partir de la Convención Interamericana contra la corrupción, que la pobreza y subdesarrollo de Bolivia tenían estrecha ligazón con la corrupción. Había que atacar al flagelo desde dos áreas: impulsando los procesos judiciales iniciados en contra de actos de corrupción que dormían en alguna instancia del Estado² y desde la prevención, capacitando a funcionarios del Estado y a la sociedad civil, fue así que en

el gobierno de Carlos Mesa se implementó una figura interesantísima hablamos La Delegación Presidencial Anticorrupción surge en Bolivia a partir de la decisión Política con el objetivo de convertir la que hasta ese momento era Secretaría de Lucha contra la Corrupción, cuya finalidad era respaldar incondicionalmente la lucha contra la corrupción.

La gestión de institucionalización de la lucha contra la corrupción en nuestro país, ha logrado consolidarse en un marco jurídico armónico e integral, a través de la aprobación de la Constitución Política del Estado, de la creación del Ministerio como parte del Órgano Ejecutivo, de la aprobación de la Política Nacional de Transparencia y Lucha Contra la Corrupción, de igual modo a través de la aprobación de la inédita Ley de Lucha Contra la Corrupción Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”.

1.5 MARCO CONCEPTUAL

Funcionario Público.- Su concepto tendrá que estar vinculado con el bien jurídico “funcionamiento de la administración pública” en el sentido de que sea considerado “funcionario público” todo aquél que tenga una posición especial en relación con tal funcionamiento; o sea que ejerza una “función pública” y que haya “accedido” a ella de cualquier forma legítima. ¹

Corrupción.- Stephen D. Morris define a la corrupción como el uso ilegítimo del poder público para el beneficio privado; Todo uso ilegal o no ético de la actividad gubernamental como consecuencia de consideraciones de beneficio personal o político; o simplemente como "el uso arbitrario del poder.

Otra definición con un énfasis más jurídico la proporciona Guillermo Brizio: "Se designa a la corrupción como un fenómeno social, a través del cual un servidor público es impulsado a actuar en contra de las leyes, normatividad y prácticas implementados, a fin de favorecer intereses particulares".²

¹Mirta Gladis Sotelo de Andrea, “La ética, la corrupción y la función pública” Buenos Aires Argentina 2011

²Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Editorial Praxis. Barcelona, 1999.

Extorsión.- Es cuando un servidor público, aprovechándose de su cargo y bajo la amenaza, sutil o directa, obliga al usuario de un servicio público a entregarle también, directa o indirectamente, una recompensa.³

Soborno.- Es cuando un ciudadano o una organización, entrega directa o indirectamente a un servidor público, determinada cantidad de dinero, con el propósito de que obtenga una respuesta favorable a un trámite o solicitud, independientemente si cumplió o no con los requisitos legales establecidos.⁴

Peculado.- Es la apropiación ilegal de los bienes por parte del servidor público que los administra.⁵

Colusiones.- Es la asociación delictiva que realizan servidores públicos con contratistas, proveedores y arrendadores, con el propósito de obtener recursos y beneficios ilícitos, a través de concursos amañados o, sin realizar estas (adjudicaciones directas), a pesar de que así lo indique la ley o normatividad correspondiente.⁶

Fraude.- Es cuando servidores públicos venden o hacen uso ilegal de bienes del gobierno que les han confiado para su administración.⁷

Tráfico de Influencias.- Es cuando un servidor público utiliza su cargo actual o sus nexos con funcionarios o integrantes de los poderes ejecutivo, legislativo o judicial, para obtener un beneficio personal o familiar, o para favorecer determinada causa u organización.⁸

Falta de Ética.- Es un tipo especial de corrupción que si bien no tiene que ver directamente con la apropiación ilegal de recursos del gobierno y de ciudadanos usuarios, sí entraña entre algunos servidores públicos, una conducta negativa que va

³Organización de Los Estados Americanos, Adecuación de la Legislación Penal Nacional a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Departamento de Derecho Internacional

⁴Organización de Los Estados Americanos, Adecuación de la Legislación Penal Nacional a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Departamento de Derecho Internacional

⁵Cabanellas Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental" Tomo IV, Buenos Aires Argentina 1998

⁶Cabanellas Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental" Tomo IV, Buenos Aires Argentina 1998

⁷Diccionario Jurídico Omeba, España 1998

⁸Prado Saldarriaga, Víctor. Todo sobre el Código Penal. Tomo I. Editorial Idemsa. Lima, 1996

en contra de los propósitos y metas de las instituciones públicas. Esta falta de ética se puede observar cuando determinado servidor público no cumple con los valores de su institución, es decir, cuando no conduce sus actos con: honestidad, responsabilidad, profesionalismo, espíritu de servicio.⁹

Prescripción.- Prado Saldarriaga sostiene que la prescripción puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito o la ejecución de una pena. No obstante, en un plano más técnico se identifica a la prescripción como la pérdida, por parte del Estado, de la facultad de ejercitar en un caso concreto el *IusPuniendi*.¹⁰

La corrupción consiste en la violación de una obligación por parte de uno o más personas con el objeto de obtener un beneficio personal extra posicional del agente que los soborna o a quien extorsiona a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago del servicio extorsionado.¹¹

Prescripción.- Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo // Tecnicismo para designar conjuntamente la prescripción de la acción y la prescripción del delito // **de la acción penal.-** no puede ejercerse eficazmente ésta una vez transcurrido cierto tiempo desde haberse delinquido. ¹²

1.6 MARCO JURIDICO POSITIVO VIGENTE Y APLICABLE

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Artículo. 232.-La Administración Pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética,

⁹Organización de Los Estados Americanos, Adecuación de la Legislación Penal Nacional a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Departamento de Derecho Internacional.

¹⁰Abanto Vásquez, Manuel. Acerca de la Naturaleza de la Prescripción. En: El Derecho Penal Contemporáneo

¹¹Garzón V., E., "Acerca del concepto de corrupción", Claves de la razón práctica N° 56, España, 1995.

¹²Guillermo Cabanellas de Torrez, Diccionario Jurídico Elemental edición 1999 Bs. Aires Argentina.

transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados. En su Artículo 324 señala no prescribirán las deudas por daños económicos causados al Estado. Por otra parte Artículo 241 claramente establece que la sociedad civil organizada ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales.

ARTÍCULO 116. *I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado. II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.*

ARTÍCULO 112. *Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el Patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad.*

LA LEY N° 1178 DE ADMINISTRACIÓN Y CONTROL GUBERNAMENTAL SAFCO DE 20 DE JULIO DE 1990

ARTÍCULO 28 *la Responsabilidad por la función pública de Todos los servidores públicos, sin distinción de jerarquía, están obligados a responder por los resultados emergentes del desempeño de las funciones, deberes y atribuciones asignados a su cargo, rindiendo cuenta no sólo de los objetivos a que se destinaron los recursos públicos que le fueron confiados, sino también de la forma y resultado de su aplicación. La misma que se complementa con el reglamento de responsabilidad por la función pública aprobada mediante decreto supremo N° 23318 – A de 3 de noviembre de 1992.*

LEY N° 004 DE 31 DE MARZO DE 2010, DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS “MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ

ARTÍCULO 26. (Uso Indevido de Bienes y Servicios Públicos) *La servidora pública o el servidor público que en beneficio propio o de terceros otorgue un fin distinto al cual se hallaren destinados bienes, derechos y acciones pertenecientes al Estado o a sus instituciones, a las cuales tenga acceso en el ejercicio de la función pública, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años.*

Si por el uso indebido, el bien sufre deterioro, destrozos o pereciere, la pena será de tres a ocho años y reparación del daño causado.

La pena del párrafo primero, será aplicada al particular o servidor público que utilice los servicios de personas remuneradas por el Estado o de personas que se encuentren en el cumplimiento de un deber legal, dándoles un fin distinto para los cuales fueron contratados o destinados.

Artículo 27. (Enriquecimiento Ilícito) *La servidora pública o servidor público, que hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.*

Artículo 28. (Enriquecimiento Ilícito de Particulares con Afectación al Estado). *La persona natural que mediante actividad privada hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos afectando el patrimonio del Estado, no logrando desvirtuar tal situación, será sancionada con la privación de libertad de tres a ocho años, multa de cien a trescientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente. Incurrirán en el mismo delito y la misma pena, los representantes o ex representantes legales de las personas jurídicas que mediante actividad privada hubieren incrementado el patrimonio de la persona jurídica, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita; adicionalmente, la persona jurídica restituirá al Estado los*

bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una multa del 25% de su patrimonio.

Artículo 29. (Favorecimiento al Enriquecimiento Ilícito). *El que con la finalidad de ocultar, disimular o legitimar el incremento patrimonial previsto en los artículos precedentes, facilitare su nombre o participare en actividades económicas, financieras y comerciales, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos y multa de cincuenta a quinientos días.*

Artículo 30. (Cohecho Activo Transnacional). *El que prometiére, ofreciere u otorgare en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero, o de una organización internacional pública, beneficios como dádivas, favores o ventajas, que redunden en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones para obtener o mantener un beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años y multa de cien a quinientos días.*

Artículo 31. (Cohecho Pasivo Transnacional) *El funcionario público extranjero o funcionario de una organización internacional pública que solicitare o aceptare en forma directa o indirecta un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de cincuenta a quinientos días.*

Artículo 32. (Obstrucción de la Justicia). *El que utilice fuerza física, amenazas, intimidación, promesas, ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos por delitos de corrupción, será*

sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de treinta a quinientos días. Se agravará la sanción en una mitad a quienes utilicen la fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de jueces, fiscales, policías y otros servidores responsables de luchar contra la corrupción.

Artículo 33. (Falsedad en la Declaración Jurada de Bienes y Rentas). El que falseare u omitiere insertar los datos económicos, financieros o patrimoniales, que la declaración jurada de bienes y rentas deba contener, incurrirá en privación de libertad de uno a cuatro años y multa de cincuenta a doscientos días.

CREACIÓN DE NUEVOS TIPOS PENALES	LEY N° 004 DE 31 DE MARZO DE 2010, DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS “MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ
Artículo 26. (Uso Indebido de Bienes y Servicios Públicos).	<p><i>La servidora pública o el servidor público que en beneficio propio o de terceros otorgue un fin distinto al cual se hallaren destinados bienes, derechos y acciones pertenecientes al Estado o a sus instituciones, a las cuales tenga acceso en el ejercicio de la función pública, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años.</i></p> <p><i>Si por el uso indebido, el bien sufre deterioro, destrozos o pereciere, la pena será de tres a ocho años y reparación del daño causado.</i></p> <p><i>La pena del párrafo primero, será aplicada al particular o servidor público que utilice los servicios de personas remuneradas por el Estado o de personas que se encuentren en el cumplimiento de un deber legal, dándoles un fin distinto para los cuales fueron contratados o destinados.</i></p>
Artículo 27. (Enriquecimiento Ilícito)	<p><i>. La servidora pública o servidor público, que hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado, será sancionado con privación de libertad de Cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.</i></p>
Artículo 28. (Enriquecimiento	<i>La persona natural que mediante actividad privada hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio</i>

<p>Ilícito de Particulares con Afectación al Estado).</p>	<p><i>respecto de sus ingresos legítimos afectando el Patrimonio del Estado, no logrando desvirtuar tal situación, será sancionada con la privación de libertad de tres a ocho años, multa de cien a trescientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.</i></p> <p><i>Incurrirán en el mismo delito y la misma pena, los representantes o ex representantes legales de las personas jurídicas que mediante actividad privada hubieren incrementado el patrimonio de la persona jurídica, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita; adicionalmente, la persona jurídica restituirá al Estado los bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una multa del 25% de su patrimonio.</i></p>
<p>Artículo 29. (Favorecimiento al Enriquecimiento Ilícito).</p>	<p><i>El que con la finalidad de ocultar, disimular o legitimar el incremento patrimonial previsto en los artículos precedentes, facilitare su nombre o participare en actividades económicas, financieras y comerciales, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años,</i></p> <p><i>Inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos y multa de cincuenta a quinientos días.</i></p>
<p>Artículo 30. (Cohecho Activo Transnacional).</p>	<p><i>El que prometiére, ofreciere u otorgare en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero, o de una organización internacional pública, beneficios como dádivas, favores o ventajas, que redunden en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones para obtener o mantener un beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años y multa de cien a quinientos días.</i></p>
<p>Artículo 31. (Cohecho Pasivo Transnacional).</p>	<p><i>El funcionario público extranjero o funcionario de una organización internacional pública que solicitare o aceptare en forma directa o indirecta un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de cincuenta a quinientos días.</i></p>
<p>Artículo 32. (Obstrucción de la Justicia).</p>	<p><i>El que utilice fuerza física, amenazas, intimidación, promesas, ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos por delitos de corrupción,</i></p>

	<p><i>será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de treinta a quinientos días. Se agravará la sanción en una mitad a quienes utilicen la fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de jueces, fiscales, policías y otros servidores responsables de luchar contra la corrupción.</i></p>
<p>Artículo 33. (Falsedad en la Declaración Jurada de Bienes y Rentas).</p>	<p><i>El que falseare u omitiere insertar los datos económicos, financieros o patrimoniales, que la Declaración jurada de bienes y rentas deba contener, incurrirá en privación de libertad de uno a cuatro años y multa de cincuenta a doscientos días.</i></p>

1.7.- PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

- 1.- ¿Cuáles son las disposiciones legales constitucionales y específicas que tienen como fin identificar, procesar y sancionar los delitos de corrupción pública?
- 2.- ¿La recargada carga procesal, será una limitante para un eficaz y eficiente tratamiento de los delitos de corrupción pública?
- 3.- ¿Cuál es el procedimiento correcto de procesamiento de la denuncia de los delitos de corrupción pública?
- 4.- ¿En el marco conceptual de los delitos de corrupción pública, se identifican los elementos del delito, sin tomar en las limitaciones correspondientes a la irretroactividad e imprescriptibilidad del delito?

1.8.- OBJETIVOS

1.8.1OBJETIVO GENERAL

Demostrar el procesamiento y tramitación de los delitos denunciados en la División de Corrupción Pública de la Fiscalía Departamental de La Paz, y la necesidad de aplicación e incorporación de los caracteres de imprescriptibilidad, irretroactividad en los delitos de corrupción pública, que tengan como consecuencia la afectación del patrimonio del Estado.

1.8.2OBJETIVOS ESPECIFICOS

- ❖ Identificar las normas vigentes en materia penal y administrativa, que sancionan la comisión de los delitos de corrupción pública.
- ❖ Demostrar las limitantes existentes para la efectiva aplicación de la normativa correspondiente.
- ❖ Demostrar el procedimiento y procesamiento correspondiente de las denuncias correspondientes a los delitos de corrupción pública.

Analizar el carácter de irretroactividad de la norma penal, en los delitos de corrupción pública y su efecto constitucional en concordancia con la jurisprudencia y doctrina internacional

TÍTULO SEGUNDO

CAPITULO I

LA CORRUPCION, SUS CATEGORIAS Y EL CLIENTELISMO

La corrupción en un sentido amplio, no sólo limita a la función pública, sino también consigue darse entre agentes privados y agentes internacionales, el fenómeno de la corrupción surge de la representación, cuando un agente dispone de una capacidad de acción y decisión en nombre de la institución y de la disposición de información privilegiada; dicho agente se comprometerá en comportamientos corruptos cuando utiliza irregularmente su posición o poder en provecho propio.

La corrupción asociada al manejo de la cosa pública aplicada en una mala y prebendar administración del Estado, las adquisiciones y contrataciones nacionales e internacionales sobrevaloradas y/o dirigidas a un proveedor que oferta coimas por las adjudicaciones, dudosas actividades de fraudes financieros bancarios y consorcios financieros empresariales, así como la financiación de partidos políticos, llegando a la más difícil situación que es el clientelismo y el tráfico de influencias, sigue y seguirá siendo un problema serio que socaba las bases fundamentales del Estado de Derecho y Buen Gobierno, estado de situación donde los gobernantes pasan por encima de toda norma legal al momento de nombrar autoridades, tanto el Órgano Ejecutivo que son cargos de confianza del Presidente y Vicepresidente del Estado Plurinacional, como en las designaciones supuestamente meritorias por la Asamblea Ley Entidades descentralizadas y desconcentradas, momento en el cual se recurre a la vieja práctica del cuoteo, coaliciones y/o pactos, dejando revelar el clientelismo y el tráfico de influencias que son los pilares negativos que debilitan la lucha contra la corrupción.

Los controles fiscales ineficientes o inexistentes, que en la mayoría de los casos son realizados extemporáneamente, razón por cual los corruptos terminan invocando la protección legal de la “*extemporaneidad*”, estos controles ineficientes o inexistentes permiten que los actos de corrupción también queden en la impunidad.

1.1 Categorías de corrupción

Corromper es sacar una cosa de su cauce natural, sin que esto coincida con el jusnaturalismo¹³. El estudio propone gradaciones de la corrupción, según su gravedad, para lo cual aplica el sentido jurídico de la pena regulada implícitamente en relación proporcional al bien jurídico ofendido, considerando que a mayor ofensa del bien protegido corresponde mayor penalidad, a modo de referencia planteamos algunas de las siguientes categorías¹⁴ :

- a) **La propina** o regalo que se da como gentileza o agradecimiento por algún favor recibido. Entendiendo que la propina o el regalo no son actos corruptos, siempre que no se hayan pactado beneficios entre el dador y el receptor; o bien cuando no hayan indicios de que a posteriori se iba a recibir la dádiva.
- b) **La exacción**, que no es otra cosa que la extorsión por parte de un funcionario para que un demandante tenga que pagar una *coima* "*para obtener lo que, de todos modos, le es debido*".
- c) **El cohecho** propiamente dicho, que surge en el ámbito de las relaciones con funcionarios judiciales, desde magistrados hasta empleados del sistema judicial. Los primeros fallan de acuerdo a los intereses de alguno de los demandantes o de terceros con intereses en la causa, en vez de hacerlo de acuerdo a Derecho; en tanto que los últimos usan mecanismos más prosaicos, como es esconder expedientes o dejar que se cumplan los tiempos procesales, de tal forma, que el inculpado escape de los alcances de la Justicia.
- d) **El peculado**, que es el hurto de fondos públicos que fueron confiados a un funcionario.
- e) **El nepotismo**, que consiste en ubicar en cargos del Gobierno a familiares de quienes detentan el Poder. Es cierto que para tener un secretario privado, nada mejor que alguien de absoluta confianza, como puede ser un hijo, hermano, etc., pero al extenderse a otros cargos de la administración pública, el hecho ante la opinión

¹³GRONDONA, M.: "*La Corrupción*", Editorial Planeta, Argentina, 1993.

¹⁴GRONDONA, M.: "*La Corrupción*", Editorial Planeta, Argentina, 1993

popular es considerado como que el Estado se ha convertido en una fuente laboral para los familiares y en un botín de saqueo constante.

También existe corrupción fuera del Estado, para ejemplificar valga el caso de lo que ocurre en el seno de la Iglesia Católica, llamado *simonía* que consiste en el otorgamiento de concesiones espirituales a cambio de dinero, o la venta de jerarquías eclesiásticas. Para el Derecho Canónico es un delito, pero al igual que en el Derecho Penal, depende de quien haya caído en los alcances de la figura para que funcionen los mecanismos que lo pondrán al margen de los alcances de la Ley. Un ejemplo de esto ocurre en la *Sacra Rota*, que para lograr que un trámite de divorcio sea agilizado ante la Santa Sede, se deben hacer donaciones en dinero, donaciones que por su carácter obligatorio serían considerados actos de corrupción.

1.2 Ética en la función pública

Plantearse el problema de las intrincadas relaciones de la política con la ética nos sumerge en uno de los laberintos más complejos de la filosofía práctica; no sólo por constituir una constante de su historia, sino también por las implicaciones políticas que su discusión conlleva.

La moral en la política en las democracias durante los últimos decenios, relacionada con la teoría de la democracia, se ha convertido en la faceta más fecunda de reflexión política, llegando “las democracias liberales, y por supuesto la de nuestro país, han ido perdiendo de forma llamativa la sustancia moral a favor de una positivización legal del comportamiento político”¹⁵

A modo de ilustración, hacemos referencia al informe de la Comisión Nolan ¹⁶ que tenía por objeto analizar las normas de conducta vigentes en la administración pública y proponer los cambios pertinentes en España. La Comisión concluyó en un informe

¹⁵Perales, B., “La política desde la ética, II. Problemas morales de las democracias”, Editorial Proyecto a, España, 1998

¹⁶Primer informe de la Comisión Nolan presentado en mayo de 1996, versión castellana: Syntax, CB. Instituto Vasco de Administración Pública, España, 1996.

denominado “*Normas de conducta en las Instituciones Públicas*”. Esta Comisión formulo siete principios básicos de transparencia en la función pública que deben regir en las instituciones públicas “***altruismo, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo***”.

a) El altruismo, obliga a los funcionarios a desempeñar su cargo atendiendo exclusivamente al interés público, quedándoles vedado actuar en beneficio propio o en beneficio de su familia y amigos.

b) La integridad, impediría que los funcionarios asuman una obligación financiera, o de otro tipo, que pudiera influir en sus decisiones o funciones.

c) La objetividad, obliga a quienes desempeñen cargos públicos a que tomen decisiones basadas en el mérito, ya sea en lo concerniente a la adjudicación de contratos o la elección de personal.

d) La responsabilidad, establece que los que ejercen cargos públicos deben ser responsables por sus actos y deben someterse a cualquiera de los controles establecidos.

e) La transparencia, impone que los funcionarios públicos deben dar las razones por las cuales toman decisiones y tan sólo pueden guardar secreto en aquellas ocasiones donde el interés de la mayoría así lo exija.

f) La honestidad, establece que todos los funcionarios deben hacer declaraciones de sus intereses y quedan obligados a tomar medidas para resolver cualquier conflicto entre ellos y los de la administración a la que sirven.

g) El liderazgo, entendido como el principio que obliga a los funcionarios públicos a apoyar todo este listado de principios y a dar ejemplo de ellos.

1.3 Clientelismo

1.4. Clientelismo político administrativo

Clientelismo es una categoría analítica que los antropólogos y etnólogos descubrieron en los años cincuenta del Siglo XX. A partir de los años setenta fue adoptada por las otras ciencias sociales, en particular por la ***ciencia política en la administración del***

Estado. Dentro de esta disciplina la categoría ha logrado conseguir una posición consolidada gracias a muchas investigaciones empíricas y valiosas aportaciones teóricas. Utilizada por los antropólogos para analizar sociedades tribales y sociedades agrarias primitivas, la categoría ha sido aplicada por los politólogos en un primer momento a los sistemas de América Latina, Asia del Sureste y Mediterráneo, dentro del marco de la teoría del desarrollo político en el Tercer Mundo. Después se descubrió la utilidad y fecundidad de su aplicación a los sistemas de democracia avanzada de las sociedades industrializadas.

En el ámbito de la *ciencia política, el clientelismo* sirve para estudiar *relaciones informales de poder*. Las relaciones, tendencialmente estables, se basan en el intercambio de favores entre dos o más personas de posición desigual, cada una de ellas interesadas en buscar un aliado como una “*relación diádica*”¹⁷, en virtud de la cual una persona de *status* más elevado - el *patrono* - utiliza su influencia y sus recursos económicos para facilitar protección y beneficios a una persona de *status* inferior - el *cliente* - que ofrece sus servicios y/o apoyo. Es por lo tanto una relación de poder *personalizado*, que implica un intercambio social recíproco y mutuamente beneficioso.¹⁸

El clientelismo implica relaciones sociales “*precontractuales*”, estas relaciones no se basan en solidaridades colectivas, sino en intereses particulares, siguiendo pautas de valores no universales, sino individuales y particulares.

El clientelismo tiene una dimensión simbólica con sus rituales y su lenguaje, con tendencia duradera, puede convertirse en un elemento constitutivo de formas de vida y de costumbre, por supuesto de organización política, convirtiéndose sus reglas en una conducta en el sistema político. Si las relaciones clientelares más simples son

¹⁷ Diádica es definida como una función o combinación lineal.

¹⁸Caciagli M., “*Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*”, Centro de estudios constitucionales, España, 1996.

entre dos personas, las más complejas son entre entidades e instituciones públicas y políticas, razón por la cual el mismo actor puede ser patrono de subalternos y cliente de los más poderosos. Un conjunto de entidades e instituciones políticas forman una red clientelista, estructurada en cadenas piramidales.

El modelo diádico más simple vale para las comunidades pequeñas y las sociedades rurales primitivas. Cuando las comunidades entran en contacto con un sistema económico - social más amplio, cambian las funciones y el contenido de la relación, y se desarrollan relaciones “multidiádicas”. Las relaciones multidiádicas van a formar estructuras jerárquicas y centralizadas en diferentes niveles según la localización de los recursos y del poder. Eso ocurre después de la expansión del mercado y la centralización del Estado, que en el mundo contemporáneo han ido afectando a un número de sistemas cada vez mayor. El proceso “multidiádico” establece una relación social entre favores por adhesión política o electoral, donde la clase clientelar goza de gran fortaleza. Esto obedece a la cultura política dentro de la cual resulta preciso desembocar en discriminaciones por niveles socio - económicos. No sólo los más postergados económicamente son objeto y sujeto del clientelismo, lo que puede variar es el producto del intercambio, no el proceso en sí. Por tal motivo, detrás de cada estructura funcional en los diferentes organismos oficiales, se establecen un conjunto de prácticas clientelares que alcanzan las dimensiones de verdaderas organizaciones corruptas.

1.4.1 Clientelismo en el sistema judicial

En la mayoría de los Estados, las relaciones clientelares del sistema judicial tienen su origen en los nombramientos de fiscales, jueces y magistrados, estos procedimientos en la mayoría de los casos son amañados y responden a cuotas de poder entre los Órganos Legislativo y Ejecutivo. Para entender mejor, nos referiremos al ejercicio de la potestad jurisdiccional, según la ecuación de Robert Klitgaard¹⁹:

¹⁹ Robert Klitgaard, “*Controlando la Corrupción*”. Versión castellana: E. Sierra Ochoa, Editorial Sudamérica, 1994.

Corrupción = Monopolio + Discrecionalidad – Responsabilidad

Naturalmente, las condiciones expuestas en esta fórmula no han de entenderse como condiciones necesarias o suficientes para que se produzcan actos de corrupción, sino más bien como generadoras de un marco que ofrece fuertes incentivos para la corrupción *judicial*, concluyendo que en su práctica profesional tienen muchos incentivos para comprometerse en actividades clientelares y corruptas. Analizando el monopolio del poder judicial desde el punto de vista de la separación de poderes, el monopolio con el que cuentan los jueces es la potestad jurisdiccional y un gran poder de decisión. En Bolivia, estos nombramientos son competencia del Poder Legislativo, por voto político y no por méritos profesionales de los concursantes.

En efecto, estos tienen la facultad de dirimir los conflictos que conocen en virtud de su competencia y de hacer ejecutar sus decisiones aún contra la oposición de los afectados y la sociedad.

1.4.2 El poder del clientelismo

El funcionario público hace uso del poder clientelar para incrementar sus beneficios que se negocian introduciendo adjudicaciones de contratos, retrasos de pagos, inventando obstáculos o bien amenazando con la aplicación de Leyes y regulaciones con mayor rigor. La posibilidad que tienen los funcionarios de crear rentas económicas y controlar su distribución determina que los estudios sobre la corrupción deban incluir un análisis de la organización y estructura de las entidades públicas. Es probable que en los mandos superiores se encuentren en mayores posibilidades de crear rentas extras que los mandos más bajos. El gran daño de la corrupción en el más alto nivel es la sensación de desprotección que experimenta la ciudadanía.

En todo caso, los corruptos se encuentran en constante riesgo, por tal razón hacen que los alcances o redes clientelares se expandan hacia otros sectores de la administración pública y el poder judicial a fin de recibir protección en caso de denuncias. Es

evidente que el atractivo para realizar tratos fuera de la Ley se reduce cuando es más probable que la corrupción se detecte y castigue.

CAPTITULO II

LA CORRUPCION EN BOLIVIA

2.2. POLÍTICA NACIONAL DE DESCOLONIZACIÓN DE LA ÉTICA PÚBLICA Y REVOLUCIÓN EN EL COMPORTAMIENTO DE LAS SERVIDORAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

La Política Nacional de Descolonización de la Ética Pública y la Revolución del Comportamiento de la servidora y el servidor público, resume el trabajo encarado por los Jefes de Unidades de Transparencia de todos los niveles del Estado Plurinacional de Bolivia a partir de la aprobación del Manifiesto Político de Ética Pública en la I Cumbre Plurinacional de Ética Pública. En esa oportunidad, se debatió sobre el trabajo en las entidades públicas y se llegó a la conclusión que el modelo neoliberal, las formas de consumo y los comportamientos individualistas fueron los que construyeron el individualismo en todo nivel del Estado de donde emergió el funcionario público, aquel que se debe al jefe, al salario y al interés.

El precepto de “Servir Bien para Vivir Bien” se constituye en el compromiso con el pueblo boliviano de trabajar con honestidad, en comunidad, rescatando los principios y valores tanto en el desempeño del cargo como en la vida personal, dejando en el pasado la “Función Pública” y comprometiendo los esfuerzos en el “Servicio Público”. Los cuatro lineamientos de esta política pública tienden a trabajar de forma más integral la ética en el servicio público puesto que no es la ética pública una norma de cumplimiento. El objetivo general de esta política, es el de reconstruir las conductas en los servidores y las servidoras públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, basadas en el ejercicio permanente de los principios ético morales consagrados en la Constitución Política del Estado en el “**servir bien para vivir bien**”, esencialmente esta política pública hace énfasis en los siguientes conceptos, los mismos que se desarrollan a continuación:

a) Descolonización.- Es un principio del servicio público que demanda a toda servidora o servidor, el generar políticas públicas basadas en los valores constitucionales principalmente los de dignidad, solidaridad, reciprocidad y armonía con la madre tierra, orientando todas sus actitudes a preservar, proteger y difundir la diversidad cultural del país, eliminar la verticalidad y el individualismo para servir bien.

b) Comunidad.- Es el conjunto de personas que tienen rasgos culturales e ideológicos diversos, pero que refuerzan una revalorización de la cultura e historia pasada común, trabajo, vida y hábitos colectivos y que se encuentran fuertemente vinculados entre sí, porque todos sus esfuerzos tienen como finalidad el “vivir bien” de todos los bolivianos y bolivianas.

c) Ética Pública .- Es la filosofía de vida que asumen los servidores y las servidoras públicas, basada en los principios constitucionales del *ama qhilla* (*no seas flojo*), *ama llulla* (*no seas mentiroso*), *ama suwa* (*no seas ladrón*), *suma qamaña* (*vivir bien*), *ñandereko* (*vida armoniosa*), *teko kavi* (*vida buena*), *ivi maraei* (*tierra sin mal*) y *qhapaj ñan* (*camino o vida noble*) además de reconocer el “*ama llunku*” (*no seas servil*) como principio fundamental del servicio público; fortalecida por los valores de pro actividad, empatía, probidad, deseo de superación, justicia social y amor a Bolivia, con la finalidad de “servir bien para vivir bien”.

d) Servidor o servidora públicos.- Es aquella persona individual, que independientemente de su jerarquía y calidad, presta servicios en relación de dependencia a cualquier entidad pública (independientemente de la fuente de su remuneración) y exclusivamente a los intereses de la colectividad.

e) Buenas prácticas.- Son conductas de buen trato cotidiano que se dan entre servidores y servidoras públicas y de estas con la población, bajo los valores de

dignidad, solidaridad, reciprocidad y responsabilidad tendientes a eliminar las barreras verticales.

La percepción internacional sobre la situación de Bolivia en el combate contra la corrupción es deprimente pues según la organización multinacional y multidisciplinaria "The World Justice Project" que recientemente publicó su informe anual "Rule of Law Index 2011", catalogó a Bolivia como un país que "afrenta desafíos en términos de transparencia y responsabilidad de instituciones públicas, reflejando un clima caracterizado por la impunidad, la corrupción, y la interferencia política en agencias de aplicación de la ley, la legislatura, y la judicatura. El sistema judicial es ineficaz y afectado por la corrupción. Las preocupaciones también permanecen sobre la discriminación y restricciones en la libertad de opinión y expresión.

Bajo este panorama nada halagador expuesto por dicha organización, amerita explicar que en materia de control gubernamental, Bolivia cuenta con la Ley de Administración y Control Gubernamentales Ley N° 1178 de fecha 20 de julio de 1990, que regula los sistemas de administración y de control de los recursos del Estado y su relación con los sistemas nacionales de planificación e inversión pública.

Los sistemas de administración son en total siete y comprenden: los de programación, organización, presupuesto, administración de personal, administración de bienes y servicios, tesorería y crédito público, y contabilidad integrada; los cuales tienen como órgano rector al Ministerio de Economía y Finanzas.

El sistema de control gubernamental es uno solo y tiene como órgano rector a la Contraloría General del Estado. El control gubernamental está integrado por dos sistemas denominados: 1) "control interno" y 2) "control externo posterior". Éstos se aplicarán a todas las entidades del sector público cuya principal finalidad es la de

mejorar la eficiencia en la captación y uso de los recursos públicos y en las operaciones del Estado.

1) El sistema de “control interno” deberá ser realizada por la propia entidad pública, para lo cual, se exige que los instrumentos de control previo y posterior deban estar necesariamente incorporados en el plan de organización, reglamentos, manuales de procedimientos y de auditoría interna de dicha entidad.

2) El sistema de “control externo posterior” se aplica a través de la auditoría externa de las operaciones ya ejecutadas, realizadas únicamente por la Contraloría General del Estado y tienen por finalidad examinar las operaciones o actividades efectuadas por la entidad, a fin de calificar la eficacia de los sistemas de administración y control interno, opinar sobre la confiabilidad de los registros contables y operativos; dictaminar sobre la razonabilidad de los estados financieros y evaluar los resultados de eficiencia y economía de las operaciones. Estas actividades de auditoría externa posterior podrá ser ejecutadas en forma separada, combinada o integral, y sus recomendaciones son de obligatorio cumplimiento por la entidad auditada.

En caso de que existan cuestionamientos de fondo a la auditoría gubernamental realizada, ésta puede ser impugnada a través de un proceso coactivo fiscal. Todo servidor público responderá de los resultados emergentes del desempeño de las funciones, deberes y atribuciones asignados a su cargo; y, por ende se derivan cuatro tipos de responsabilidades: administrativa, ejecutiva, civil y penal.

La responsabilidad se considera administrativa Artículo 29 Ley N° 1178, cuando la acción u omisión del servidor público contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta funcionaria del servidor público. Para lo cual, se iniciará un proceso interno en la entidad pública donde el servidor público ejerce sus funciones y las sanciones oscilan en multas, suspensión o destitución, dependiendo la gravedad del hecho. La responsabilidad será ejecutiva,

Artículo 30 Ley N° 1178, cuando la autoridad o ejecutivo no rinda cuentas de su gestión de forma oportuna y eficiente, habiéndose demostrado las deficiencias y las negligencias que éste ha incurrido. La sanción podría ser de suspensión y destitución, sin que ello implique descartar la posibilidad de que además se derive a responsabilidad civil o penal, dependiendo la gravedad del hecho.

La responsabilidad es civil, Artículo. 31 Ley N° 1178, cuando la acción u omisión del servidor público o de las personas naturales o jurídicas privadas cause daño al Estado valuable en dinero. En el caso del servidor público será civilmente co-responsable el superior jerárquico que hubiere autorizado el uso indebido de bienes, servicios y recursos del Estado o cuando dicho uso fuere posibilitado por las deficiencias de los sistemas de control interno de la entidad pública a su cargo. En lo concerniente a las personas particulares (naturales o jurídicas), que no siendo servidores públicos, se beneficiaran indebidamente con recursos o fueren causantes de daño al patrimonio del Estado y sus entidades, si han sido varias personas que han consumado el mismo acto, todos ellos serán solidariamente responsables. Tanto los servidores públicos como los particulares, no se encuentran eximidos de responsabilidad penal si el caso así lo amerita.

La responsabilidad es penal Artículo 34 Ley N° 1178, cuando la acción u omisión del servidor público y de los particulares se encuentra tipificado en el Código Penal, la cual ha sido reformada mediante la promulgación de la Ley N° 004 del 31 de marzo del 2010, denominada como Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”; modificando y agravando las penas a determinados delitos; y, creando nuevos delitos de corrupción, a saber: Uso Indebido de bienes y servicios públicos, Artículo 26 Ley N° 004; Enriquecimiento Ilícito, Art. 27 Enriquecimiento Ilícito de particulares con afectación al Estado, Artículo 28; Favorecimiento al Enriquecimiento Ilícito Artículo 29; Cohecho activo transnacional Art. 30; Cohecho pasivo transnacional Art. 31;

Obstrucción de la justicia Artículo. 32 y Falsedad en la declaración jurada de bienes y rentas Artículo 33.

Cabe hacer notar que el artículo 28, inciso b) de la Ley N° 1178 establece “la presunción de lalicitud de las operaciones y actividades realizadas por todo servidor público, mientras no sedemuestre lo contrario”; y, a su vez, la misma Ley circunscribe la participación de la Contraloría General del Estado únicamente en el sistema de “control externo posterior”; sin embargo, esto, próximamente tiende a ser modificado con la aplicación de la actual Constitución Política del Estado, toda vez, que el Artículo 217 numeral II, establece lo siguiente: “La Contraloría General del Estado será responsable de la supervisión y del control externo posterior de las entidades Públicas y de aquéllas en las que tenga participación o interés económico el Estado.

La supervisión y el control se realizarán asimismo sobre la adquisición, manejo y disposición de bienes y servicios estratégicos para el interés colectivo, la supervisión es un nuevo concepto que se incorpora al sistema de control gubernamental y por ende se aproxima al control previo. Del mismo modo, el delito de Enriquecimiento Ilícito previsto en el art. 27 de la Ley N° 004, establece la presunción de culpabilidad y la exigencia de la carga de la prueba al imputado, puesto que presume como autor del delito al servidor público cuando éste no logra justificar el incremento de su patrimonio que fue denunciado como desproporcionado.

Por lo expuesto, existe un avance de aspecto formal en la lucha contra la corrupción, con la promulgación de la Ley N° 004 del 31 de marzo del 2010, además de la existencia de un Ministerio enfocado exclusivamente a la lucha contra la corrupción con sus respectivas políticas y lineamientos; sumándose a esta iniciativa, el Ministerio Público, con la designación de los fiscales anticorrupción, dedicados específicamente a investigar los actos de corrupción; y, del mismo modo el Poder Judicial, mediante la futura implementación de los Tribunales y Juzgados Anticorrupción.

Sin embargo, cabe hacer notar que la Ley N° 004 nace con ciertos matices vinculada a la cuestionada y rebatida teoría de Günther Jakobs (1985) sobre el Derecho penal del enemigo, que según Grosso García, es aquel que produce: a) un adelantamiento de la punición a un estadio previo a la afectación de bien jurídico; b) un incremento desproporcionado de las penas y c) la relativización o supresión de algunas garantías procesales.

La Ley N° 004 en su disposición final primera, establece que las acciones de investigación y juzgamiento de delitos permanentes de corrupción y vinculados a ésta, establecidos en el Artículo 25 numerales 2) y 3) de la presente ley, deben ser aplicados por las autoridades competentes en el marco del artículo 123 de la Constitución que señala que la ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia penal, cuando beneficie a la imputada o imputado; y en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado.

Para unos tratadistas llama la atención que la Constitución pretenda diferenciar entre materia penal y materia de corrupción, cuando como bien sabemos los ilícitos de corrupción son “delitos” y éstos casi en su totalidad se encuentran contemplados en el Código Penal; por lo tanto, todo acto de corrupción corresponde a la materia penal y por ende constituye un despropósito pretender diferenciarla.

Por otro lado, de la lectura del Artículo de la Ley fundamental, probablemente se entienda que la ley N°004 será retroactiva únicamente para los casos de corrupción administrativa (cometida por servidores públicos); sin embargo, no es así, pues el Artículo 25 numeral 2) de esta ley, si bien refiere al delito de “enriquecimiento ilícito” cometidos por servidores públicos, resulta que el numeral 3) del mencionado artículo, contempla al delito de “enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado”; por lo tanto, queda claro, que la ley N° 004, postula la retroactividad del delito de enriquecimiento ilícito tanto para servidores públicos como para los

particulares; resultando éste último inconstitucional, pues el Artículo. 123 de la Constitución no prevéní permite dicha retroactividad (contra los particulares).

La sanción para estos delitos no solo contiene penas altas, sino que además se aplica lapresunción de culpabilidad en vez de la presunción de inocencia; y, todo inculpatado serásusceptible de incautación de bienes y activos desde el inicio de la investigación Capítulo IV, Artículo. 148 Bis, Ley N° 004, sin descartar la posibilidad de ser juzgado y sentenciado en rebeldía, Capítulo IV, art. 91 Bis.En consecuencia, todos aquellos que sean denunciados por el delito de enriquecimiento ilícito, sean particulares o servidores públicos), de manera implícita serán catalogados comoenemigos de la sociedad y conforme a la tesis de Jakobs, el enemigo es alguien que no cumpleel Derecho y por ende la condición de persona es negada al delincuente, es decir es apartado, excluido y está fuera del Derecho garantista, motivo por el cual, no puede acogerse a lasgarantías que éste otorga, como ser la retroactividad, presunción de inocencia, etc. De allí, queel Derecho penal del enemigo, también lleva por nombre Derecho penal de la exclusión.

Gracia Martín en el libro: “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal delenemigo”, Madrid, 2005, p. 477, advierte que en esta teoría no está claro si el enemigoadquiere su condición de tal ya cuando comete el hecho típico, o sólo cuando se dicta unasentencia condenatoria en su contra; sin embargo, para la Ley N° 004, este asunto estaríaresuelto, pues la persona adquiere la condición de enemigo, por el trato que se le otorga,desde el momento en que se supone que comete el hecho ilícito. El Artículo 112 de la Constitución, establece: “los delitos cometidos por servidores públicos queatenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles yno admiten régimen de inmunidad”. El artículo 29 Bis Imprescriptibilidad de la Ley N° 004, establece: “de conformidad con el Artículo 112 de la Constitución Política del Estado, los delitos cometidos por servidoras oservidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave dañoeconómico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad”.

En ese sentido, únicamente los delitos de corrupción y los delitos vinculados a la corrupción cometidos por servidores públicos no se extinguen por el transcurso del tiempo; por lo tanto, cualquier hecho realizado en la actualidad puede ser investigado en el futuro y en cualquier momento sin ningún obstáculo legal, mientras no sea sometida a un examen de constitucionalidad por la vía pertinente Artículo 132 CPE y sea ésta resuelta por el Tribunal Constitucional Plurinacional. La lucha contra el contrabando desde el punto de vista normativo no ha sido lo suficientemente enérgico como lo es la Ley N° 004, pues el delito de contrabando habiendo sido modificado, mediante la Ley Financial 2009, con el aumento del valor de los tributos omitidos de la mercadería objeto de contrabando, de UFVs 10.000 a igual o mayor de 200.000 (Doscientos Mil Unidad de Fomento de la Vivienda), llegando de esta manera, a beneficiarse aquel sector informal en detrimento de la producción nacional y la inversión. Posteriormente, no habiendo transcurrido más de dos años, fue promulgada la Ley de Articulación, Desarrollo y Seguridad en Fronteras Ley N° 100 de 4 de abril del 2011 y en su Artículo 20, dicha Ley nuevamente modifica el delito de contrabando y establece que el valor de medición de los tributos omitidos de la mercadería objeto del delito ya no será 200.000 UFV sino 50.000 (Cincuenta Mil Unidad de Fomento de la Vivienda).

Esto quiere decir, que aquel barómetro de 200.000 UFVs cumplió una finalidad temporal de dos años, constituyendo un punto de inflexión (como una especie de “amnistía sui generis”), beneficiando a este sector informal y si bien ahora existe una disminución a 50.000 UFVs, la tendencia clara es que no va a retornar a su valor inicial de 10.000 UFVs. Si realmente se pretende luchar contra la corrupción, no tiene sentido jugar con los valores de tributos omitidos de las mercaderías objeto del delito de contrabando, más aún si no existe un análisis serio que determine cuáles son las causas, motivos y justificaciones fundados en Derecho para que este valor aumente o disminuya en tan corto plazo. El delito de contrabando, a pesar que afecta directamente a los intereses del Estado, pues ocasiona diferencia de precios, competencia desleal tanto para los productores bolivianos como

para los importadores legales y en muchos de los casos implica soborno (corrupción) a servidores públicos por permitir que no se declare la totalidad de la mercadería incursionada al país, contradictoriamente no se encuentra incluido dentro del listado de delitos de corrupción previstos en la Ley N° 004, quedando aislado como un delito aduanero en el Código Tributario.

CAPTITULO III
LA PRESCRIPCIÓN Y LA IRRETROACTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE
CORRUPCIÓN

3.1. LA PRESCRIPCIÓN DE LA LEY EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

Argumentos y antecedentes sobran, La corrupción socava la democracia y constituye un obstáculo para la superación de la pobreza que es urgente remover, es un flagelo en extensión, con manifestaciones graves, que lesiona bienes de primera importancia. Cada vez más, crece el interés de la ciudadanía en su eficaz represión. Además, por la debilidad de las penas conminadas para los autores de delitos contra el patrimonio del Estado, la fuga de los involucrados al extranjero, la rebeldía ante la justicia y las demoras en los procesos penales (explicadas en parte por la actitud obstruccionista de los encausados, por la existencia de normas procesales inadecuadas para lidiar con actos complejos de corrupción y las carencias presupuestales) por ritualismos y formalidades de los tribunales que han limitado su acción, las investigaciones judiciales muchas veces son clausuradas vía la prescripción de los delitos.

La prescripción es una institución de antigua y larga tradición histórica, generalmente aceptada por la doctrina y las legislaciones positivas, que importa una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, y cuya justificación se pretende basar en el principio de seguridad jurídica.

Muñoz Conde precisa que la prescripción viene a ser “una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos. Su fundamentación radica, pues, más en razones de seguridad jurídica, que en consideraciones de estricta justicia material. Se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo, una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de la

comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haberse cumplido la sanción”²⁰

Por su parte, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, tratando de resumir los distintos argumentos que desde la doctrina y la jurisprudencia intentan fundamentar la prescripción, ha señalado lo siguiente: “a) Desde la perspectiva de la prevención especial se considera que el Derecho penal no debe actuar sobre quien ha logrado su reinserción social avalada por su abstención a delinquir durante un largo tiempo. b) Se considera que la prescripción elimina un estado de incertidumbre en las relaciones jurídico-penales entre el delincuente y el Estado, fortaleciéndose así la necesaria seguridad jurídica. c) Desde una perspectiva procesal se destaca que un prolongado período de tiempo dificulta, si no hace imposible, la valoración de la prueba. d) Con el paso del tiempo, la razón de persecución y castigo del hecho delictivo se debilita o, mejor, se extingue, con lo que los fines básicos de la pena resultan prácticamente inalcanzables. La combinación de todas estas razones de política criminal y utilidad social justifican que el Estado renuncie al ejercicio del *ius puniendi*, declarando extinguida la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo”²¹

Ahora bien, se discute en la doctrina la naturaleza jurídica de la prescripción, es decir, su carácter penal, mixto o procesal, **La teoría material** considera que la prescripción estaría vinculada con el injusto penal, de modo que con el correr del tiempo dejaría de existir la necesidad de pena y con ello, desaparecería el injusto penal mismo. Así, según esta tendencia, la prescripción constituiría una causa de exclusión del injusto o, por lo menos, una causa de levantamiento de pena. **La teoría mixta o de la doble naturaleza** entiende que existen razones tanto de carácter material como procesal (por ejemplo, las dificultades de prueba que surgen con el transcurso del tiempo) para admitir la prescripción. En consecuencia, la prescripción equivaldría a un impedimento procesal, pues por su propia concepción las consecuencias de su producción solamente pueden ser procesales. Finalmente, **la teoría procesal** estima

²⁰Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Segunda Edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, 1999

²¹Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Editorial Praxis. Barcelona, 1999

que la prescripción tendría una naturaleza procesal en el sentido de constituir una renuncia del Estado a perseguir el delito y, por lo tanto, sería un mero impedimento procesal.

La consecuencia más importante de la discusión acerca de la naturaleza de la prescripción radica en los efectos que puedan tener en ella posteriores modificaciones de la ley, es decir en la aplicabilidad del principio de prohibición de retroactividad de la ley penal. Esto es, si se siguiera la teoría material o la teoría mixta, se podría argumentar que debería regir el principio de irretroactividad y retroactividad benigna; por el contrario, si se adoptara la teoría procesal el principio antes mencionado no podría ser invocado, considerándose que el mismo está vinculado al Derecho penal material y que la prescripción no forma parte del injusto penal.

En la doctrina, sin embargo, se debate mucho más que la naturaleza jurídica de la prescripción, y las consecuencias que acarrea una u otra teoría invocada al efecto. Así, no obstante la antigua y larga tradición histórica de la institución, hay quienes proclaman –en verdad, excepcionalmente–, la imprescriptibilidad, por lo menos de las acciones u omisiones con grave desvalor social y jurídico. En este sentido, HORWITZ LENNON afirma que “aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda”²²

3.2 LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY

Uno de los principios más elementales que rigen la aplicación de la ley es su irretroactividad, que significa que esta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación. para que una ley fuese retroactiva, debía tener unas razones muy especiales que ameritaran tal efecto

²²Horvitz Lennon, María. Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile. En: Anuario de Derechos Humanos N° 2, Año 2006

extraordinario. Los estudiosos del derecho canónico estimaban la irretroactividad como derecho divino, al paso que la retroactividad era de derecho humano.

La irretroactividad nace en el derecho romano y se extiende luego por el mundo, convirtiéndose en un principio de aplicación de la ley aceptado universalmente; es decir, válido en todos los tiempos y en todos los lugares. Hay que plantearse tres interrogantes acerca de la irretroactividad de la ley: en primer lugar, cuál es su fundamento; en segundo lugar, cuál es su esencia y, en tercer lugar, cuál es su finalidad. Así puede darse un concepto nítido sobre la naturaleza jurídica del principio de irretroactividad.

a) Fundamento de la irretroactividad

El fundamento es la base sobre la cual se asienta o estriba una realidad, y cuando se pregunta cuál es la base que funda la realidad jurídica del principio de irretroactividad, se observa que es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico. Porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas, además especialmente cuando se trata de la reglamentación de toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo

El orden público exige, en materia tributaria, la existencia del principio de irretroactividad, porque la noción de orden es la armonía de las partes entre sí y de éstas con el todo, no puede haber armonía si no existe adecuación jurídica y sentido de oportunidad de la ley en su aplicación en el tiempo. Si la eficacia de una norma es

fuera de oportunidad, es inadecuada, y al serlo se torna en inconveniente; y lo que es contrario al principio de conveniencia regulativa es también contrario, por lógica coherencia, al orden público, pues éste riñe con toda falta de armonía.

El tiempo, dimensión necesaria para el entendimiento humano, determina siempre, directa o indirectamente, el sentido de la oportunidad normativa. Es evidente que la ley tributaria debe tener una eficacia temporal; de ahí que, sobre todo cuando se impone una obligación de hacer, el aspecto temporal es substancial, y entonces el acto de retrotraer abstractamente los efectos reales a situaciones de hecho, que en su momento generaron consecuencias jurídicas proporcionadas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, equivale a otorgar un efecto no adecuado a la verdadera causa. Igualmente, la seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad.

b) La esencia de la irretroactividad

La esencia del principio de irretroactividad de la ley tributaria es la imposibilidad de señalar consecuencias jurídicas a actos, hechos o situaciones jurídicas que ya están formalizados jurídicamente, salvo que se prescriba un efecto más perfecto tanto para el sujeto de derecho, como para el bien común, de manera concurrente, caso en el cual la retroactividad tiene un principio de razón suficiente para operar. Pues lo imperfecto siempre se sujeta a lo más perfecto, dada la naturaleza perfectible de la legalidad.

c) La finalidad de la irretroactividad

Es el sentido teleológico del principio, es decir, el para qué existe. La respuesta es para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Al respecto son pertinentes las anotaciones que trae Juan José Soler en la Enciclopedia Jurídica Omeba:

“La irretroactividad de la ley es una medida técnica escogida para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Su zona ontológica no está, pues, en la filosofía jurídica sino

en la jurisprudencia o ciencia del derecho (...). La irretroactividad es dentro de la técnica jurídica, un principio de aplicación más que de interpretación previa. La interpretación y la aplicación son operaciones de tracto sucesivo (...). Un error corriente que conviene disipar, es el de considerar a la irretroactividad como un principio que solo sirve al interés privado. Esto explica su inclusión en casi todas las constituciones del mundo entre las garantías y derechos individuales. Pero sin negar su importancia en el Derecho Privado, resalta su trascendencia en el derecho público.

La irretroactividad es un principio que reza con la relación jurídica, la cual es siempre intersubjetiva. De donde resulta un pleonasma, decir que a la ley no hay que darle efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, como se lee en el derecho mexicano, porque los beneficios o perjuicios de una retroacción, recaen exclusivamente sobre las personas, que son los sujetos activos y pasivos en todo negocio jurídico, y nunca sobre las cosas.

La irretroactividad puede estar consignada en la ley fundamental o en las leyes ordinarias. En el primer caso se dice que es constitucional, y, en el segundo, meramente legislativa. la diferencia salta a la vista. En la irretroactividad constitucional, las restricciones, si las hay, son permanentes dura lo que dura la ley fundamental- en tanto que en la irretroactividad legislativa, las condiciones son variables y quedan sometidas al libre criterio del legislador.²³

La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.

²³Enciclopedia Jurídica Omeba. Voz Irretroactividad. Tomo XVI. buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 1999.

Lo anterior indica que no se trata de un principio absoluto, pues el universo jurídico no admite posiciones de tal carácter, por ser una coordinación de posibilidades racionales. La racionalidad exige, pues, antes que formas únicas e inflexibles, una sana adecuación de la forma jurídica al contenido material que se ha de ordenar. Es por ello que el principio de irretroactividad no riñe con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, y que en materia tributaria debe amoldarse a las exigencias de la equidad tributaria, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales tanto el valor de las deudas, como otros factores determinables por la realidad fiscal del momento, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos.

3.3 LA RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

Una de las manifestaciones materiales del principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal es tanto la prohibición de dictar leyes con efectos retroactivos desfavorables como de aplicarlas a hechos cometidos anteriormente a la entrada en vigencia de la ley, y de igual forma en el sentido perjudicial para el afectado .

Ahora bien, la admisión de la retroactividad de la ley penal, o sancionadoras en general, más benignas para el encausado, no suponen una suspensión, olvido o, aún menos, vulneración del principio de legalidad , ya que el principio de irretroactividad de la ley penal se funda en un principio de no perjudicar al procesado o reo, sin embargo cuando eso no sucede, y más al contrario beneficia al procesado o reo, la retroactividad de la ley penal es aceptada, ya que el mandato de retroactividad de las leyes penales más favorables no es una simple excepción a la general prohibición de retroactividad de las leyes penales, ni menos aún una concesión graciosa o facultativa del legislador o de los órganos jurisdiccionales, sino es una exigencia inmediata derivada de la función de garantía de la libertad individual que se atribuye al principio de legalidad penal y que, como tal, forma parte de su contenido esencial

3.4 TEORIAS SOBRE LA RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES

Luis Jiménez de Asúa en su Tratado de Derecho Penal, ha indicado tres teorías respecto a la retroactividad e irretroactividad de la ley penal las cuales son:

a) IRRETROACTIVIDAD EN TODOS LOS CASOS

Algunos escritores antiguos, defendieron en Alemania el criterio de la no retroactividad absoluta, afirmando que debe aplicarse siempre la ley precedente, es decir, la que estaba en vigor en el momento de cometerse el delito. Además esta teoría indica que si un individuo cometió un delito en el momento en el que una ley estaba en vigencia, el mismo adquirió un derecho, el cual es de cumplir la pena que estaba contemplada para el delito cometido, y que no puede atribuírsele otro derecho que no haya estado establecido en la ley vigente. Se alega, además, que es incorrecto establecer distinciones y que no es lícito negar efecto retroactivo a leyes más severas y otorgárselo a la ley más benigna.

b) IRRETROACTIVIDAD SALVO EL CASO DE NUEVA LEY MAS BENIGNA

Esta doctrina se formula diciendo que debe aplicarse la ley bajo cuyo imperio se cometió el delito, salvo en el caso en que la ley nueva sea más benigna. Es decir, que se establece, como regla general, la no retroactividad de la ley nueva, y como excepción, la retroactividad de la nueva ley más favorable. Esta es la doctrina imperante en los escritores y en las legislaciones contemporáneas.

Consecuencia directa de la función de garantía de la seguridad jurídica es la prohibición de que las normas sancionadoras se apliquen a aquellos hechos que, cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, no constituían delito o estaban menos gravemente castigados. Dicha función garantizadora no se opone, sin embargo, a que la nueva ley se aplique retroactivamente cuando resulte más

favorable, ya sea porque procede a despenalizar ciertas conductas antes consideradas delictivas, ya porque las sanciona con penas menos gravosas. En tales casos, la función de garantía de la seguridad jurídica inherente a la prohibición de retroactividad de las leyes penales pierde su razón de ser, que no es otra que la de proteger al individuo frente a una aplicación sorpresiva del *ius puniendi*, y cede el paso a la función de la garantía de la libertad individual asimismo implícita en el principio de legalidad, impidiendo que se sigan restringiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando ya no se juzga necesario, o que pervivan unas sanciones cuya gravedad ha sido cuantitativa o cualitativamente atenuada. Nuestra legislación está acorde a esta teoría, con excepción de la retroactividad de la ley penal desfavorable en materia de corrupción.

c) RETROACTIVIDAD COMO PRINCIPIO ABSOLUTO

Esta doctrina propugna la aplicación en todos los casos de la nueva ley punitiva. Se la denomina teoría de la retroactividad absoluta o incondicional. Se justifica por los clásicos que defienden esta tesis, porque las leyes son instrucciones dadas por la ley vigente al tiempo del proceso. Otros afirman que la ley es la expresión de lo justo en un determinado momento, que corresponde al progreso social, y por ello debe aplicarse la ley nueva. La doctrina formulada no distingue, en lo fundamental, entre ley más severa y más benigna.

d) NUEVO TIPO DELICTIVO

Cuando la nueva ley introduce un tipo nuevo delictivo que no existía en la anterior, tiene pleno imperio el principio *tempus regit actum*; es decir, que el acto perpetrado bajo la vigencia de la ley antigua no es punible.

Debemos entender que si en una nueva ley penal se introduce un nuevo tipo penal, el mismo no debe ser sancionado si es que en la ley penal anterior no se consideraba

delito, ya que lo contrario supondría una violación flagrante al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

e) ABOLICION DE TIPOS DELICTIVOS

Cuando la nueva ley no considera como punible un acto castigado como delito por la ley anterior derogada, los hechos cometidos bajo el imperio de la ley antigua se estiman como si ya no estuviesen penados; es decir, que nos hallamos ante la excepción de tempus regit actum, y se reconoce la retroactividad de la ley penal más benigna.

Esto sucede cuando una ley penal sanciona una conducta, y la misma con el paso del tiempo y con la modificación de la ley penal, al momento de procesar al que cometió el hecho ya no constituye delito, estamos frente a la ultractividad de la ley penal favorable, es decir, que rige la ley anterior en beneficio del procesado o del reo.

f) NUEVAS DISPOSICIONES MODIFICATIVAS

Puede ocurrir que una ley nueva, manteniendo el tipo de delito, sea tan solo modificativa de la precedente. Estas modificaciones pueden referirse a los principios generales, ora al contenido del delito, o bien a sus consecuencias. En conjunto la nueva ley puede ser más favorable o más perjudicial para el encausado, en el primer caso se aplicara el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna; y en el segundo caso el encausado será juzgado con la anterior ley, entonces estaremos frente a la ultractividad de la ley penal.

3.5 LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad fue altamente desarrollado por Cesare Beccaria en su obra “De los delitos y de las penas”, y él escribía: “...solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda

la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de las misma sociedad.”.

El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo **nullum crimen, nulla poena sine lege**, procedente, pese a su formación latina, de Feuerbach, quien vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución francesa.

En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y suponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El principio de legalidad no es solo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera solo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y de las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo .

Según Susana Huerta Tocildo, puede afirmarse que la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables obedece ante todo a la función de la garantía de la seguridad jurídica atribuida al principio de legalidad penal, la exigencia de reserva absoluta de la ley en este ámbito no constituye una consecuencia derivada de la idea de seguridad jurídica, sino un postulado indisolublemente unido a la función de garantía de libertad individual, asimismo asignada a dicho principio desde el mismo momento en que fue gestado.

A partir de estas premisas, la doctrina penal se muestra pacífica al considerar que ese doble significado del principio de legalidad queda perfectamente reflejado en al siguiente fórmula: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*. Con ella se expresan, en forma sintética, las distintas exigencias que integran el contenido esencial del referido principio: 1) Reserva absoluta de ley en sentido

formal; 2) Irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables; 3) Exigencia de tipicidad y consiguiente exclusión de la costumbre y de la analogía como fuente de delitos y penas; 4) Exigencia de taxatividad en la descripción de las conductas típicas.

Ahora bien, en cuanto a la exigencia de una ley previa se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en el que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su pena.

Según Santiago Mir Puig , el principio de legalidad exige distintos aspectos y/o garantías: La garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución, que todas, además, prohíben la retroactividad de la ley penal desfavorable, además se debe imponer ciertos requisitos a la norma jurídica las cuales son: *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*.

a) La garantía criminal exige que el delito se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*).

b) La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*).

c) La garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y un procedimiento legalmente establecido en una ley.

d) La garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.

e) **La exigencia de una lex praevia** se expresa en la **prohibición de retroactividad** de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición, con la excepción de la retroactividad de la ley penal más favorable.

f) **La exigencia de lex scripta** indica que la fuente de los delitos y de las penas debe estar plasmado en una norma escrita, desde luego, excluida la costumbre, y tampoco basta cualquier norma la misma debe tener el rango de ley emanada del Poder Legislativo, por el **principio de reserva de la ley en materia penal**.

g) **La exigencia de lex stricta**, impone un cierto grado de **precisión** de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía in malam partem).

3.6LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

Uno de los tratados más importantes en materia de Derechos Humanos sin duda alguna es la Declaración Universal de Derechos Humanos , la misma que en su art. 11 inc. 2) indica: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del hecho”. Tal como se puede evidenciar este tratado internacional en materia de derechos humanos tan importante, prohíbe la retroactividad de la ley penal, sin embargo, deja el camino libre a la legislación interna de cada país a poder aplicar una nueva ley penal más benigna.

Asimismo, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 9, bajo el nomen juris de Principio de legalidad y de retroactividad proclama: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente

se beneficiara con ello”. Esta normativa internacional en materia de Derechos Humanos claramente prohíbe la retroactividad de la ley penal desfavorable, sin embargo, también prevé la retroactividad de la ley penal más benigna, lo cual si es aplicable.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 15 indica: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión de delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiara de ello”. Este instrumento legal igualmente prohíbe la retroactividad de la ley penal desfavorable, sin embargo, permite y prevé la posibilidad de la retroactividad cuando la nueva ley penal es más benigna.

CAPTITULO IV
LA IRRETROACTIBILIDAD DE LA LEY PENAL EN BOLIVIA

La anterior Constitución Política del Estado, en cuanto a la retroactividad de la ley penal en su art. 16 Indicaba: “...IV. *Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá sino ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y solo se aplicara las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado.*” Ahora bien, cabe hacer notar que de la promulgación viene la ejecutoriedad y de la publicación surge la obligatoriedad. Benjamín Miguel al respecto nos dice: “la promulgación es un acto jurídico de derecho público mediante el cual el Presidente de la República o en su defecto el Presidente del Congreso, ponen en vigencia una ley para que se tenga y cumpla como ley de la República. La publicación es hacer conocer a los habitantes del país la existencia de una ley y que al mismo tiempo le imprime la obligatoriedad, salvo disposición contraria de la misma ley”.

En cuanto al nacimiento de las leyes penales surgen algunos problemas, los cuales nos refieren a la retroactividad e irretroactividad de la ley penal, como son: a) La aparición de leyes y delitos nuevos que antes no existían; b) Leyes y delitos que desaparecen; c) Leyes y delitos que se suceden.

La derogación de la ley penal equivale a su muerte, de ese momento pierde vigencia, las tipificaciones que hace y las penas que señala pierden fuerza de ley y se convierten en historia penal sin coercibilidad, exigibilidad y obligatoriedad. A decir de Jiménez de Azua, la vigencia de una ley cesa: a) por otra ley posterior, que expresamente deroga la primera, o que tácitamente la abroga, por tener disposiciones contrarias o regular de modo completo la materia tratada en la anterior; b) por llevar en el propio texto o en el de otra ley, de igual o superior rango, la fecha de su

caducidad (leyes temporales; c) por haber desaparecido el objeto, las circunstancias o privilegios personales que la dieron nacimiento.

Como se dijo anteriormente, en Bolivia con la promulgación y publicación de la Nueva Constitución Política del Estado, se permite la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar a los servidores y ex servidores públicos que hayan cometido hechos delictivos.

4.1 LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO

En cuanto a la retroactividad de la ley penal el Artículo 123 de la CPE nos indica: *“La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o el imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”*. De esta manera se amplía la concepción clásica dualista de retroactividad de la ley, abriendo la posibilidad de juzgar a los ex funcionarios por delitos de corrupción. Entonces a partir de este texto constitucional, debemos entender que la retroactividad, no solo será entendida como aquella institución benefactora para las personas en materia laboral y penal, sino también para el Estado en materia de corrupción de funcionarios.

La Constitución de Bolivia claramente permite la retroactividad de la ley penal desfavorable, siempre y cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios o ex funcionarios públicos que cometan actos delictivos en materia de corrupción, asimismo prevé la retroactividad de la nueva ley penal más benigna.

4.2EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES Y LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

Nuestro ordenamiento jurídico está conforme establece el art. 410 de la CPE, está conformado por: 1) La Constitución Política del Estado, 2) Los tratados internacionales, 3) La leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena 4) Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.

El Art. 13 in fine de la CPE, indica: “Los derechos y deberes consagrados en esta constitución se interpretaran de conformidad a los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. Asimismo, el Artículo. 256 del mismo cuerpo legal indica: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente sobre esta”.

Como se puede ver de la revisión de estos tres principales artículos que los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, integran el bloque de constitucionalidad, además que si un Tratado o Convenio en materia de Derechos Humanos declara algún derecho más favorable que la misma constitución, este es aplicable de manera preferente en cuanto a la Constitución.

De los dicho podemos concluir, que como lo dijimos anteriormente, los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Bolivia, prohíben la retroactividad de la ley penal desfavorable, y solamente permiten la retroactividad de la ley penal más benigna.

Por tanto, siendo que los Tratados internacionales integran el bloque de constitucionalidad, y que los mismos deben ser aplicados de manera preferente a la Constitución, la retroactividad de la ley penal prescrita por la misma Constitución Política del Estado y desarrollada por la Ley No. 004, Marcelo Quiroga Santa Cruz, sería inconstitucional y contrario al principio de legalidad.

4.3 EL CODIGO PENAL BOLIVIANO

El Código Penal boliviano en cuanto al **principio de legalidad** y a la **retroactividad de la ley penal** en su art. 4 indica: “Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallen establecidas en ella. Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo o de la vigente en tiempo intermedio, se aplicara siempre la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será esta la que se aplique. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, las leyes dictadas para regir solo durante un tiempo determinado se aplicaran a todos los hechos cometidos durante su vigencia.”.

Conforme se tiene de la revisión de este artículo, que si bien ha quedado parcialmente derogado tácitamente por la disposición derogatoria de la Ley No. 004, la retroactividad de la ley penal está prohibida, sin embargo se acepta la retroactividad cuando la ley penal es más benigna.

4.4 LA LEY MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ, LEY No. 004, LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCION, ENRIQUECIMIENTO ILICITO E INVESTIGACION DE FORTUNAS

La Ley No. 004, Marcelo Quiroga Santa Cruz, promulgado el 31 de marzo de 2010, fue creada por mandato del art. 123 de la CPE, el cual permite la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción, esta ley tiene por objeto prevenir, investigar,

procesar y sancionar actos de corrupción cometidos por servidores y ex servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas que comprometan o afecten recursos del Estado .

Esta ley además de reconocer la retroactividad de la ley penal desfavorable, introduce la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, es decir, que además de ser retroactiva la ley penal es imprescriptible los hechos que antes no constituían delitos y que fueron cometidos hace muchísimos años.

Esta ley además de atentar contra los derechos y garantías fundamentales de las personas reconocidas, por la misma constitución y por lo Tratados y Convenios Internacionales, va en contra del Principio de Legalidad de los delitos y de las penas

Esta ley puede investigar, procesar y sancionar aquellos actos u omisiones que en el momentos de cometerlo, no constituían delitos, sin embargo ahora pueden ser condenados por los actos anteriores que realizaron y que además pudieron cometerlo hace muchísimo tiempo, ya que esta clase de delitos son imprescriptibles.

En muchas ocasiones esta ley fue criticada, ya que indicaron que en esta ley empieza el Derecho Penal del Enemigo, seguido por Gunter Jackobs, ya que esta ley estaba y está dirigida a investigar, procesar y sancionar a ex funcionarios del Estado, los cuales cometieron actos u omisiones que en momentos de cometerlo no constituían delito alguno, además que los mismos son de la oposición del partido de Gobierno el cual se encuentra en el Poder.

4.5 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCRETA, CONTRA EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY 004 DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS "MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ

El Tribunal Constitucional Plurinacional determinó anular el principio de retroactividad de la ley 004 de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz", con la Sentencia Constitucional Plurinacional 0770/2012 del 13 de agosto de 2012.

La sentencia responde a tres convenios internacionales ratificados por el Estado boliviano: La Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los tres convenios internacionales establecen dos situaciones: primero que nadie puede ser condenado por acciones, actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delitos y, segundo, que se impongan penas más graves que la aplicable en el momento de la comisión de un delito.

"El Tribunal Constitucional ha verificado que la Ley 004 debe ser interpretada, debe ser entendida en el marco de esos tratados internacionales, esto significa que las disposiciones de la ley 004 no pueden ser aplicadas de forma retroactiva cuando la sanción sea más grave o cuando el hecho por el cual se está juzgando no hubiera constituido delito en el momento en el que se ejecutó"

Pero el principio de retroactividad no sólo se anula en la Ley 004, que es constitucional", sino también "en cualquier otra norma que establezca tipos penales, figuras penales, (las cuales) no pueden ser aplicadas de forma retroactiva. La única excepción para que una norma en materia penal pueda ser aplicada retroactivamente es cuando sea más beneficiosa a la persona que está siendo investigada", precisó Flores, a tiempo de mencionar, también, que el carácter retroactivo se da cuando el delito es de acción "permanente o continuo", "o sea cuando no ha terminado de surtir los efectos de haberse cometido el delito.

"El Tribunal Constitucional Plurinacional, sienta línea jurisprudencial en sentido que la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, en cuanto a las sanciones que prevé la misma, no

pueden ser aplicadas retroactivamente, por lo que se está velando por una garantía constitucional, en sentido que las normas no se aplican retroactivamente en tanto no beneficien a las personas investigadas o a quien está siendo investigado"

4.5.1 PARTES CONSIDERATIVAS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL N° 0770/2012 DE 13 De Agosto De 2012

(...) acción de inconstitucionalidad concreta promovida por el Tribunal Cuarto de Sentencia Penal del departamento de Cochabamba formulada por Mirian Mendoza Mercado, en calidad de defensora de oficio de Manfred Armando Antonio Reyes Villa Bacigalupi, Jhonny Leonardo Ferrel Soria Galvarro, Gustavo Osvaldo Navía Mallo y José Federico Escobar Klose, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 24, 34, 36, 37 y la Disposición Final Primera de la Ley 004 de 31 de marzo de 2010, con relación a los arts. 90, 91 Bis y 344 Bis del Código de Procedimiento Penal (CPP), por la supuesta vulneración de los arts. 1, 115.II, 116.II, 117.I, 119.II y 123 de la Constitución Política del Estado. Dentro del proceso penal instaurado contra sus defendidos, el 14 de marzo de 2011, se emitió el Auto de apertura de juicio oral, dentro del cual se aplicarán disposiciones legales contenidas en el Código de Procedimiento Penal que fueron modificadas por los arts. 25 y 34 de la Ley 004, por lo que la decisión final que se emita en el proceso depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados. Expresa también que existe duda razonable sobre la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, en virtud a que el art. 24 de la Ley 004, al definir el delito de incumplimiento de deberes, como un delito vinculado a la corrupción y el art. 34 de la misma Ley, al agravar la pena para el delito de incumplimiento de deberes, vulneran el principio de legalidad penal consagrado por el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Por otro lado, el art. 36 de la referida Ley, al incluir nuevas disposiciones legales al Código de Procedimiento Penal, entre ellos los arts. 91 Bis y 344 Bis, que disponen la prosecución del juicio oral en rebeldía del proceso; y, el art. 37 al modificar el art. 90 del CPP, previendo que el efecto suspensivo de la declaratoria de rebeldía no se

aplique a los procesos por delitos de corrupción o vinculados a él, vulneran el derecho fundamental al debido proceso consagrado por los arts. 115. II al 121 de la CPE, art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14 del PIDCP.

La Disposición Final Primera de la Ley 004, al establecer la aplicación retroactiva de sus disposiciones legales para el juzgamiento de los delitos de corrupción y vinculados a éste, desnaturaliza el Estado de Derecho, previsto por el art. 1 de la CPE, e infringe el derecho al principio de legalidad penal consagrado por los arts. 116. II de la Ley Fundamental, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del PIDCP.

Con relación a los fundamentos de la inconstitucionalidad, señala que respecto al art. 24 de la Ley 004, éste indica además, se consideran delitos de corrupción, los contenidos en los siguientes artículos del código Penal: 142, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, párrafo segundo de los arts. 153 y 154, 157, 158, 172 bis, párrafo cuarto del artículo 173, 173 bis, 174, 221, párrafo primero de los artículos 222 y 224, párrafo segundo del artículo 225. Son considerados delitos vinculados con corrupción, los contenidos en los siguientes artículos del Código Penal: 132, 132 bis, 143, 150 Bis, 153, 154, 177, 185 Bis, 228, 228 bis, 229 y 230.

Refiere que esta disposición **legal vulnera el principio de legalidad penal** en sus elementos esenciales de la tipicidad y taxatividad, añadiendo que el primer párrafo del art. 24 de la Ley 004, califica como delito de corrupción el contenido en el “segundo párrafo” del art. 154 del Código Penal (CP), sin considerar que éste artículo no tiene segundo párrafo. Luego, el segundo párrafo del art. 24 de la Ley 004, define como delito vinculado a la corrupción el contenido en el art. 154 del CP, con lo que complica aún más la figura, siendo que esa norma lo define también como delito vinculado a la corrupción. Asimismo, los arts. 91 Bis y 344 Bis del CPP, vulneran el derecho al debido proceso al prever la prosecución del juicio oral en rebeldía del procesado, dando lugar a una absoluta indefensión, por lo que éste no podrá asumir

defensa material ni técnica, a lo que se añade que estando ausente, no se comunicará al rebelde la acusación formulada, como manda el art. 8.2 incs. d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dando lugar a que el procesado, al no conocer la acusación formulada, se vea impedido de asumir defensa.

Continuó señalando que, con relación a la Disposición Final Primera de la Ley 004, considera que infringe los arts. 1, 116.II y 178 de la CPE, que garantizan la irretroactividad de la ley, dado que ese precepto legal determina, al contrario la aplicación retroactiva de normas sustantivas para la investigación y juzgamiento de personas acusadas de haber cometido delitos de corrupción o delitos vinculados a la corrupción.

Mediante Auto de 24 de octubre de 2011, cursante de fs. 196 a 199, el Tribunal Cuarto de Sentencia Penal del departamento de Cochabamba, conformado por los Jueces Técnicos, Mirtha Montaña y Henry Maida García y los Jueces Ciudadanos, Ponciano Rodríguez Arias, Gustavo Aosberto Sejas Flores y Harold Ronald Baya Vega, promovieron la acción de inconstitucionalidad concreta y dispusieron que se eleven los antecedentes en consulta ante el Tribunal Constitucional.

a) ALEGACIONES DEL PERSONERO DEL ÓRGANO QUE GENERÓ LA NORMA IMPUGNADA

Por memorial remitido vía fax el 26 de junio de 2012 (fs. 260 a 271 vta.) y original de fs. 553 a 558 vta., Álvaro Marcelo García Linera, Vicepresidente del Estado Plurinacional y Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, expuso sus alegatos en los siguientes términos: a) El art. 24 de la Ley 004, debe ser interpretado en concordancia con el art. 34 de la misma Ley, el cual incorpora un segundo párrafo en el art. 154 del CP, párrafo extrañado por la “recurrente”, por lo que no se creó un tipo penal de corrupción sin incluir el tipo penal, tal cual se puede advertir de la lectura del art. 34 de la Ley 004 en su integridad; b) En el recurso se hizo una incorrecta interpretación del mencionado art. 24, pues aquella norma efectúa la

diferencia entre delito de corrupción y el delito vinculado a la corrupción, señalando en su primer párrafo que comete delito de corrupción, de acuerdo a la incorporación efectuada por el art. 30 de la misma Ley al art. 154 del CP: La servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare un acto propio de sus funciones cuando el delito ocasione daño económico al Estado, imponiéndose en tal caso la pena privativa de libertad de uno a cuatro años, agravada en un tercio. Aclarándose en el párrafo segundo del mencionado art. 24, que comete delito vinculado con corrupción, la servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare un acto propio de sus funciones. Aplicándose en ese caso la sanción de uno a cuatro años de privación de libertad; describiéndose en ambos casos la conducta antijurídica y su sanción, cumpliéndose por lo tanto con el principio de legalidad y taxatividad y al mismo tiempo sujetándose al marco constitucional; c) La recurrente afirma que se modificó el art. 154 del CP, en contradicción con lo previsto en el art. 24 de la Ley 004; como se estableció antes, el art. 24 es concordante con el 34 de la misma Ley, entendiéndose que el primero puntualiza qué tipos penales son delitos de corrupción y cuáles son los delitos vinculados con corrupción, estableciendo el art. 34 las modificaciones e incorporaciones al Código Penal, en el caso del delito de corrupción “incumplimiento de deberes” cuando se produce un daño económico al Estado, por lo que el art. 34 de la Ley 004, al incorporar en el art. 154 del CP, un segundo párrafo, distingue dos tipos de conductas, todo en concordancia con el art. 24 de la misma Ley, una de ellas relativa al delito vinculado con corrupción cuando se cumple la conducta descrita en el primer párrafo de la norma, y la otra, relativa al delito de corrupción cuando la conducta descrita en el párrafo primero causa un daño económico al Estado, conforme prevé el párrafo segundo del referido artículo, por lo que no existe inconstitucionalidad y respecto al principio de legalidad que hubiese sido transgredido supuestamente por los arts. 24 y 34 de la Ley 004, concluyen que la función del referido principio sería evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley, más bien los artículos supuestamente inconstitucionales se sujetan al principio mencionado y no vulneran los componentes del mismo; y respetan el principio de taxatividad, por lo que los arts. 24 y 34 de la

Ley 004, al enmarcarse dentro de lo dispuesto por el art. 116.II de la Norma Suprema son constitucionales; d) En el recurso se alega la inconstitucionalidad de los arts. 36 y 37 de la Ley 004, por vulnerar el derecho al debido proceso consagrado en los arts. 115.II y 117.I de la CPE y el derecho a la defensa reconocido por el art. 119.II de la Norma Fundamental, al establecer la prosecución del juicio oral en rebeldía del acusado, y luego de exponer el contenido de ambos derechos, afirma que la prosecución del juicio en rebeldía tiene por finalidad tutelar la actividad jurisdiccional frente a la “omisión maliciosa” de la imputada o imputado de apersonarse ante la autoridad jurisdiccional para evitar la averiguación de la verdad y garantizar el acceso a la justicia de la víctima; al efecto, menciona que, la garantía establecida por el derecho procesal penal para que una persona no sea juzgada en ausencia es válida cuando la persona imputada se halle impedida legalmente de apersonarse ante la autoridad jurisdiccional y asumir su defensa; sin embargo, en criterio inverso, si la persona imputada sin justificativo legal no se apersona ante la autoridad jurisdiccional con la finalidad de obstaculizar el proceso y la averiguación de la verdad, la suspensión del proceso como garantía de la imputada o imputado es inaplicable, y en el recurso se alega que la prosecución del juicio oral en rebeldía de la persona imputada evitaría que ésta pueda realizar los actos de defensa reconocidos en el Código de Procedimiento Penal, por lo que corresponde establecer que a diferencia de materia civil, en el proceso penal por delitos de corrupción, la declaración de rebeldía no es un allanamiento ni reconocimiento de los hechos imputados de la acusación, respetándose ampliamente el principio de la carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia; al respecto el primero garantiza que la carga de la prueba siempre estará sobre el acusador el cual tiene el deber de probar que el sindicado es culpable, no teniendo el imputado el deber de presentar pruebas, excepciones o incidentes para probar su inocencia, sino simplemente debe estar presente en el juicio oral; y el segundo, garantiza si no se probó la acusación, se dicte sentencia absolutoria, por lo que si el imputado no pudo participar en el proceso penal el acusador debe probar el delito cometido e incluso si el imputado no hubiese presentado pruebas de descargo y si la acusación no fuere probada se debe dictar

sentencia de absolución. Sin perjuicio a ello, para garantizar ambos derechos el Código de Procedimiento Penal en su art. 344 Bis, establece el nombramiento de defensor de oficio para el juicio oral, por lo que no existe inconstitucionalidad; e) Con relación a la Disposición Final Primera de la Ley 004, expresa que dicha Ley no determina la retroactividad de los nuevos tipos penales establecidos en el art. 25, pues hace notar que los incs. 2) y 3) del citado artículo son delitos de carácter permanente y menciona que el objeto de la Disposición Final Primera es la de cumplir con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado boliviano; y, f) Luego de determinar el bien jurídico protegido de los tipos penales de enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado, indica que los mismos tiene la característica de ser delitos permanentes en el tiempo, en consecuencia, no existe retroactividad alguna por lo que la norma impugnada no vulnera el art. 116.II de la Norma Suprema.

b) FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FALLO

La doctrina legal aplicable de la extinta Corte Suprema de Justicia, por medio del Auto Supremo 21 de 26 de enero de 2007, entre otros, reconoció que: “El principio de legalidad se constituye en una garantía constitucional del individuo, que limita la actuación punitiva del Estado. Además dejo en claro que este "principio no se agota en la clásica formulación elaborada por Feuerbach: 'Nullum crimen, nulla poena sine previa lege', sino que actualmente se presentan otros requisitos que completan la formulación del principio, dotándoles de mayor exigencia y contenido, como son los principios de 'taxatividad', 'tipicidad', 'lex scripta' y especificidad”.

El principio de legalidad se encuentra conformado a la vez por varios sub principios, entre ellos, el de taxatividad, referido precisamente -valga la redundancia- a la taxatividad de la norma procesal, e implica la suficiente predeterminación normativa de los ilícitos y sus consecuencias jurídicas; pues la indeterminación supone una deslegalización material encubierta; por otra parte se encuentra el principio de tipicidad que desarrolla el principio fundamental 'nullum crimen, nulla

poena sine lege', se aplica como la obligación de que los jueces y tribunales apliquen la ley sustantiva debidamente enmarcando la conducta del imputado exactamente en el marco descriptivo de la ley penal a efectos de no incurrir en calificación errónea que afecte al debido proceso y devenga en defecto absoluto insubsanable; otro importante principio es el de favorabilidad que denota la aplicación de la norma más favorable al imputado o procesado en caso de duda y cuyo techo constitucional se encuentra en el art. 116.I. de la CPE vigente que establece: "...Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado". También se encuentra el principio de irretroactividad, sin embargo, este principio será ampliamente desarrollado más adelante.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, al momento de precautelar el respeto y la vigencia del principio de legalidad ha desarrollado el mismo en sus dos vertientes, en este **sentido, a través de la SC 0062/2002 de 31 de julio, precisó: "...el principio general de legalidad,** como elemento esencial del Estado de Derecho, representa la materialización de los valores fundamentales que este encarna; consiguientemente, se constituye en un presupuesto básico insoslayable de la administración (realización) de la justicia, de que, siendo la ley expresión de la voluntad de sus destinatarios en materia sancionatoria, se legitima sólo cuando la misma ha sido aprobada con las exigencias formales establecidas por el ordenamiento superior: su Constitución. (...) el principio de legalidad en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley. (...) el principio de legalidad en su vertiente penal (sustantiva), prohíbe que una conducta, por reprochable que parezca y por mucho que lesione un derecho, pueda conceptuarse como falta o delito, si la ley no la describe de manera taxativa como tal. "La realización material del principio de legalidad también viene condicionada por la forma como se encare el proceso de subsunción de la conducta en el tipo descrito por la norma sancionadora; pues, todo el andamiaje que importan las garantías formales, quedarían reducidas a la nada, si

fuera conforme a derecho, aplicar un precepto distinto, al de la conducta atribuida o imputada (...) **En consecuencia, el Estado no puede castigar una conducta que no está descrita ni penada por la ley, cimentándose una doble garantía: Por una parte, todas las personas conocen el ámbito de lo permitido y prohibido y, por la otra, el delincuente no puede ser castigado más que por las acciones legalmente descritas y sólo con la pena correspondiente.**

El principio de irretroactividad de la ley La Constitución Política del Estado en su art. 123, dentro del Capítulo destinado a garantías jurisdiccionales, establece que: **“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución.** (...)

El fundamento jurídico del principio de irretroactividad, es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico, porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tienen en las normas jurídicas. La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.

Es por ello, que el principio de irretroactividad no se contrapone con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos. Ahora bien, efectuando una interpretación sistemática y en mérito al principio de concordancia práctica con relación a los arts. 24 y 34 de la Ley 004, tenemos: El incumplimiento de deberes constituye en un delito vinculado a corrupción. Empero, merced al contenido del segundo párrafo del art. 154 del CP, en aquellos supuestos en los que los elementos del tipo que se encuentran contenidos en el primer párrafo de este artículo y exista una conducta dolosa en el incumplimiento de deberes de ocasionar un daño económico al Estado, se constituye en un delito de corrupción (art. 13 quáter del CP). En consecuencia, tampoco resulta evidente que se hubiese introducido una norma penal en blanco ni tampoco se infringió el principio de taxatividad que exige que las leyes sean claras, precisas y sencillas con la finalidad de dotar de seguridad jurídica a los miembros de una sociedad, pues el art. 154 del CP, contiene en su primer párrafo los elementos esenciales de la conducta considerada delictiva, es decir, que el núcleo esencial de la conducta punible está descrito en la ley penal.

Ahora bien, con relación a la denuncia relativa a que el art. 34 de la misma Ley, al agravar la pena para el delito de incumplimiento de deberes, vulnera el principio de legalidad penal, tampoco resulta evidente, ello debido básicamente a que si bien a través de la reforma introducida se agravó la pena para el delito de incumplimiento de deberes, dicha norma también deberá aplicarse por los jueces y tribunales penales conforme a los criterios establecidos en el Fundamento Jurídico III.4.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, por lo que corresponde declarar su constitucionalidad a dicho cargo.

POR TANTO El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Plena; en virtud a la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el art. 7 inc. 1) y 54 y ss. de la LTCP, en revisión resuelve:

1° Declarar la **CONSTITUCIONALIDAD** de la Disposición Final Primera, siempre y cuando se interprete conforme a los criterios expuestos en el Fundamento Jurídico III.4.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional.

2° Declarar la **CONSTITUCIONALIDAD** de los arts. 36 y 37 de la Ley 004, en el sentido de que no se suspenderá el proceso por delitos de corrupción o vinculados a ella en su etapa de juicio, excepto en los casos en los que exista causa justificada para la incomparecencia del imputado o procesado o se le hubiese colocado en absoluto estado de indefensión, interpretación ante la cual la norma no resulta contraria a los valores y normas constitucionales;

3° Declarar la **CONSTITUCIONALIDAD** de los arts. 24 y 34 de la Ley 004, únicamente respecto al cargo de inconstitucionalidad expuesto en la acción de inconstitucionalidad concreta(...).

4.5.2 PROCESAMIENTO Y TRATAMIENTO DE LAS DENUNCIAS EFECTUADAS EN LA DIVISION ECONOMICA FINANCIERA DE LA FISCALIA DEPARTAMENTAL DE LA PAZ.

Lo que a continuación se describirá, son las funciones realizadas en calidad de pasante de Trabajo Dirigido de la Fiscalía Departamental de La Paz, en la cual se aplicó conocimientos teóricos como jurídicos coadyuvando en el arduo trabajo que se realiza, inicialmente se conocía el auto de inicio de investigaciones en la etapa preliminar, preparatoria y la de juicio oral en la realización de diligencias que fueron cumplidas, efectuando notificaciones conforme a procedimiento, asimismo, se

realizaron los seguimientos correspondientes de los distintos requerimientos que se elaboraron para cumplir con lo requerido por otras instituciones, coordinando e inclusive solucionando de mejor manera las quejas por parte de los usuarios.

Asimismo se desarrollaron las siguientes actividades con relación al tratamiento de denuncias de corrupción pública de la fiscalía departamental de la paz:

- Entrega de los cuadernos de investigación, a los investigadores asignados al caso, con el requerimiento correspondiente, en el que se les instruye las investigaciones que corresponda efectuar, de acuerdo a la naturaleza de los hechos sometidos a investigación, dentro de los plazos procesales previstos por el Código de Procedimiento Penal.
- Se procedió a adjuntar a los cuadernos de investigaciones los formularios de IANUS, los requerimientos de ampliaciones o inicios de investigación remitiendo a los juzgados de Instrucción Penal, para el control jurisdiccional correspondiente.
- Realizo el trámite respectivo con relación a las notificaciones con las Resoluciones que se emiten dentro de las investigaciones, remisión de copias a la Fiscalía Departamental y a los juzgados, así como a la central de notificaciones de la Fiscalía.
- Se procedía a la recepción de memoriales que presentaban las partes, requerimiento de inicio de investigaciones, ampliaciones de solicitudes y otros, asimismo se manejó el sistema I3p, en cuanto al registro de todas las actividades que se efectúan dentro de la investigación
- Se hizo la remisión de los requerimientos de inicio de la investigación, complementaciones, ampliaciones y Resoluciones de rechazo, salidas alternativas. Sobreseimientos, acusaciones a la Corte superior y respectivo seguimiento.

CAPÍTULO V
PROPUESTA: REFORMA PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DEL ESTADO

De lo precedentemente expuesto, cabe sintetizar que tanto la imprescriptibilidad y retroactividad emanan de la ley fundamental, nuestra Constitución Política del Estado, y que necesariamente para incorporar la figura de prescripción e, irretroactividad de la acción en los delitos de corrupción pública vale decir los siguientes desarrollados en el siguiente cuadro:

DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA MODIFICADOS POR LA LEY 004	PECULADO	INCUMPLIMIENTO DE DEBERES
	MALVERSACIÓN DE FONDOS	NOMBRAMIENTOS ILEGALES
	COHECHO PASIVO PROPIO	COHECHO ACTIVO
	USO INDEBIDO DE INFLUENCIAS	RECEPTACIÓN PROVENIENTES DE DELITOS DE CORRUPCIÓN
	BENEFICIOS EN RAZÓN DEL CARGO	PREVARICATO
	OMISIÓN DE DECLARACIÓN DE BIENES Y RENTAS	COHECHO PASIVO DE LA JUEZA, JUEZ O FISCAL
	NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS	CONSORCIO DE JECES, FISCALES POLICIAS Y ABOGADOS
	NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS POR PARTICULARES	CONTRATOS LESIVOS AL ESTADO
	CONCUSIÓN	INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS
	EXACCIONES	CONDUCTA ANTICONOMICA
	RESOLUCIONES CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES	INFIDENCIA ECONÓMICA

NUEVOS DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA CREADOS POR LA LEY 004	USO INDEBIDO DE BIENES Y SERVICIOS PUBLICOS
	ENRRIQUECIMEINTO ILICITO
	ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES CON AFECTACIÓN AL ESTADO
	FAVORECIMEITNO AL ENRRIQUECIMIENTO ILICITO
	COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL
	COHECHO PASIVO TRANSNACIONAL
	OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA
	FALSEDAD EN LA DECLARACION DE BIENES Y RENTAS

En tal sentido la presente propuesta se basa en la modificación parcial de la Constitución Política del Estado a efectos de proceder incorporación de la figura de prescripción e irretroactividad de la acción en los delitos de corrupción pública, por mandato constitucional, puesto que existe una contradicción en nuestra ley fundamental, toda vez que en el Artículo 116 prevé que se garantizará la presunción de inocencia , durante el proceso , en caso de duda sobre norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado, y que cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible, empero el Artículo 112 señala que los delitos cometidos por los servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico al Estad, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad. Y así también la Ley 004 modifica el Artículo 29 bis del Código de Procedimiento Penal, que establece la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por los servidores públicos que atenten contra el patrimonio del estado y causen grave daño económico al Estado, y los mismos no admiten régimen de inmunidad.

Es por eso que la referida propuesta se centra en la modificación parcial de la Constitución Política del Estado, no con la finalidad de hacer imponibles los hechos

de corrupción, si no que dotarle en el sentido amplio de la palabra el resguardo al debido proceso y a la defensa que se encuentran constituidos por el bloque de tratados internacionales referentes a Derechos Humanos, a fin de que el Estado persiga el delito en tiempo hábil y oportuno sin la vulneración de derechos y garantías fundamentales.

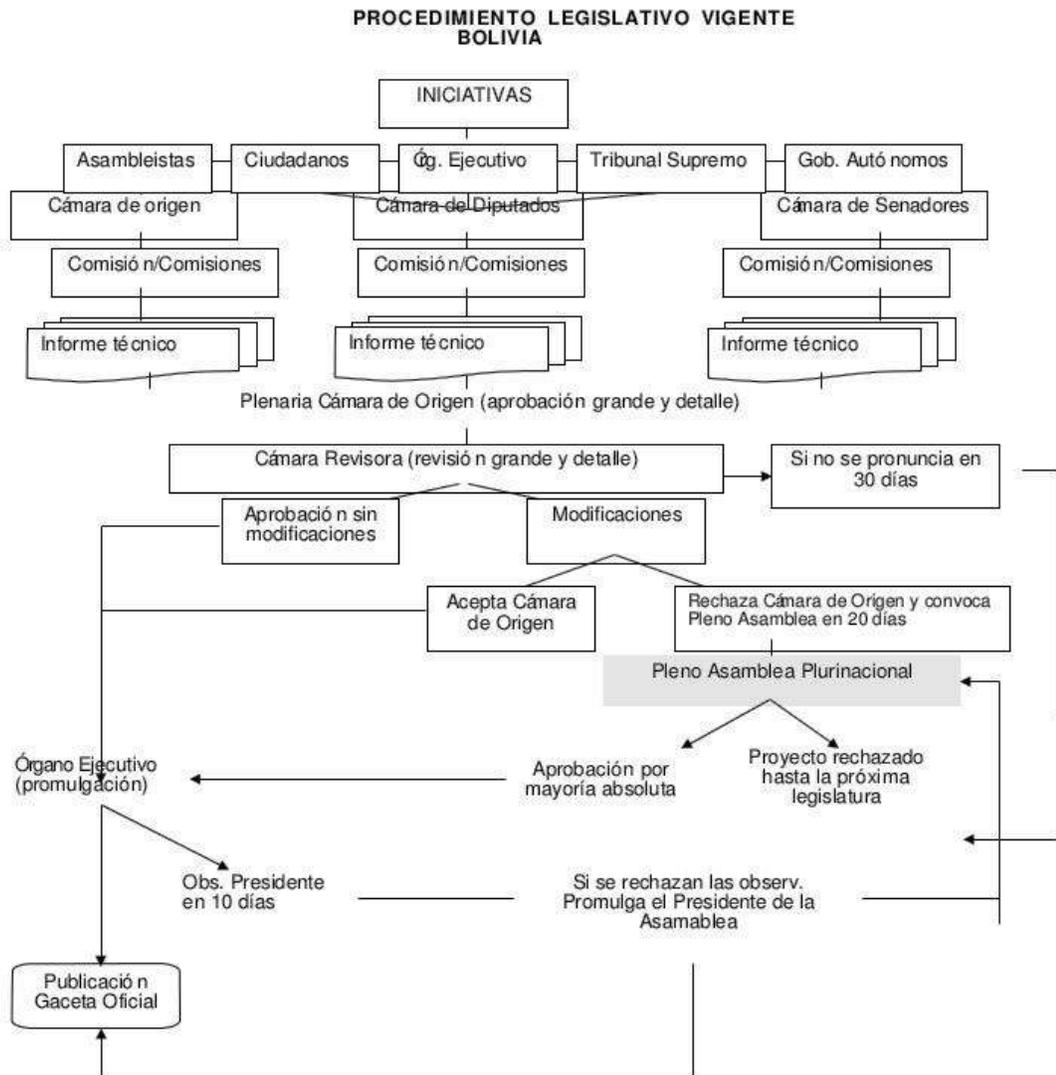
FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA

CONSITUCION POLITICA DEL ESTADO	PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
<p>Artículo 411. I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio. II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte</p>	<p>Título VIII Constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado Artículo 149°.- (Objeto) La consulta tiene por objeto declarar la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado.</p> <p>Artículo 150°.- (Legitimación activa) Podrán elevar en consulta el procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado: 1. La Presidenta o el Presidente del Estado Plurinacional. 2. Cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional.</p> <p>Artículo 151°.- (Procedencia) La consulta sobre la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado procederá cuando sea promovida por los legitimados, en todos los casos en que se plantee dicha reforma.</p> <p>Artículo 152°.- (Procedimiento ante el</p>

<p>por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio</p>	<p>Tribunal Constitucional Plurinacional)</p> <p>I. La propuesta de reforma parcial de la Constitución Política del Estado, que tendrá como origen la iniciativa popular o una Ley de reforma de la Asamblea Legislativa Plurinacional, será revisada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, una vez que se haya notificado por el Órgano Electoral la obtención de la firma de por lo menos el veinte por ciento del electorado, o se haya notificado por la Asamblea Legislativa Plurinacional la obtención de un mínimo de dos tercios de votos del total de sus miembros presentes. II. El Tribunal Constitucional Plurinacional decidirá si el contenido de la iniciativa popular o de la Ley de reforma está conforme con la materia que la Constitución Política del Estado asigna a la reforma parcial. III. En caso que la iniciativa popular o la Ley de reforma contenga propuestas de modificación constitucional que correspondan a la reforma total de la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional Plurinacional declarará improcedente, total o parcialmente, la iniciativa o la Ley de reforma, que no podrá ser objeto de referendo en aquello que el Tribunal Constitucional Plurinacional haya declarado inconstitucional.</p>
--	---

EFFECTIVIZACIÓN DE LA PROPUESTA

Dada las situaciones actuales del Estado, corresponderá efectuar la reforma parcial de la Constitución Política del Estado a través de la iniciativa popular de acuerdo al siguiente cuadro:



CONCLUSIONES

- ✓ En los más de 29 años de democracia desde su retorno en 1982, el Estado boliviano y su sociedad fueron víctimas de una mala administración a través del saqueo constante de las arcas del Estado, contratos públicos nacionales e internacionales amañados, administración prebenda y una frágil democracia por los constantes pactos y/o coaliciones de partidos políticos para tomar el Gobierno.
- ✓ La retroactividad de la ley penal, tal cual lo indica la doctrina, la jurisprudencia, los Tratados y Convenios Internacionales, solamente debe proceder en casos de una nueva ley penal más benigna y no así en aquellos casos en que la ley penal nueva sea desfavorable para el encausado.
- ✓ El principio de legalidad prohíbe la retroactividad de la ley penal desfavorable, y solamente permite la retroactividad de la ley penal más benigna, por lo tanto estamos frente a una flagrante violación al principio de legalidad penal, admitiendo con el art. 123 de la CPE y la Ley No. 004 la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción desfavorable al encausado.
- ✓ La retroactividad de la ley penal en Bolivia, en primer lugar se acomoda a lo que establece la doctrina y los instrumentos legales internacionales sin embargo, debemos indicar que en la legislación Boliviana y concretamente en el art. 123 de la CPE, se permite la retroactividad de la nueva ley penal desfavorable en materia de corrupción, lo cual es contrario a todo lo que estudiamos.
- ✓ La retroactividad de la ley penal en Bolivia, como lo dijimos vulnera derechos humanos, los cuales son parte integrante del Bloque de Constitucionalidad el

cual proclama el art. 410 de la CPE, y que además son de preferente aplicación con los derechos proclamados en la misma Constitución, por lo que la retroactividad de la ley penal desfavorable, es inconstitucional.

RECOMENDACIONES

- ✓ Consolidar el nuevo rol de los servidores y las servidoras públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, en la construcción del “servir bien para vivir bien”, desde sus funciones para con la colectividad.
- ✓ Articulación de las organizaciones sociales, pueblos indígena originario campesinos y sociedad civil con los servidores y servidoras públicas, para promover la corresponsabilidad respecto al “servir bien para vivir bien”.
- ✓ La colonización, en cuanto a su influencia en las actividades propias del servicio público, ha puesto a la población boliviana en desventaja frente a las actitudes burocráticas de los funcionarios y funcionarias públicas que siguen dilatando los procesos de la gestión administrativa al amparo de normas, que si bien continúan en vigencia, aportan muy poco al cambio real en la atención a la ciudadanía que exige el actual proceso de cambio.
- ✓ El nuevo perfil del servidor y la servidora públicos, contiene elementos que fortalecen las actitudes del buen trato entre personas, el cumplimiento del deber más allá de las responsabilidades cotidianas y un efectivo control social por parte de la población a la administración pública del Estado.
- ✓ La vigencia, a partir del 7 de febrero del año 2009, de la Constitución Política del Estado (CPE), significó la incorporación de una serie de principios y valores ético - morales que se constituyen en los fundamentos para

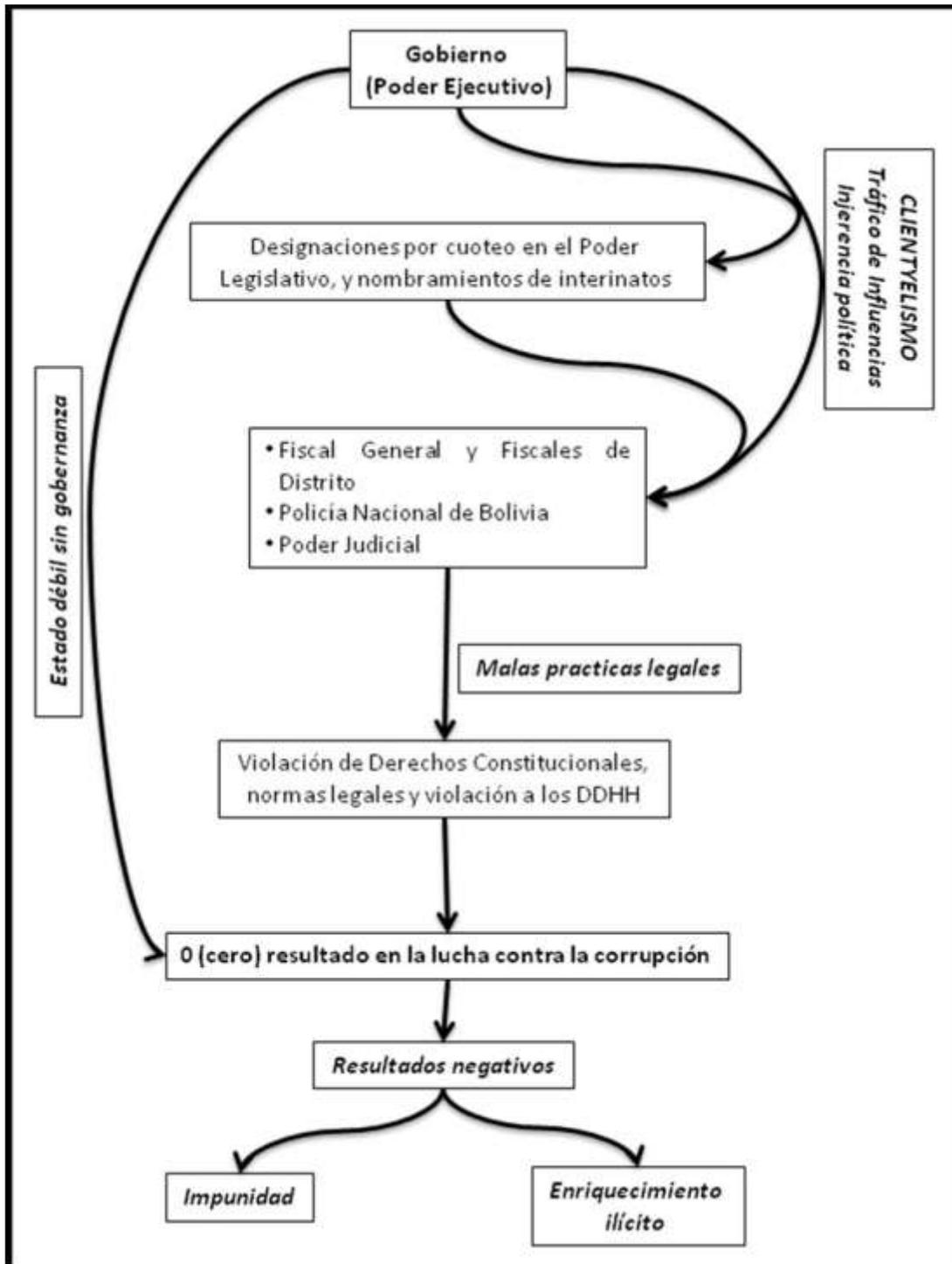
desarticular estructuras que se mantienen bajo lógicas institucionales de sometimiento verticalista e individualista.

- ✓ Del anterior punto, se debe garantizar que las autoridades designadas cumplan con el mandato constitucional, ejerciendo el imperio de la Ley de lucha contra la corrupción y buenas prácticas en la administración del Estado.

- ✓ Se debe Adecuar y actualizar la Ley 1178 de Administración y Control Gubernamental a los nuevos acontecimientos y estructura del Estado, fortaleciendo los controles y otorgando mayores atribuciones a la Contraloría General del Estado.

ANEXOS

REDES DE LA CORRUPCION



ORGANISMOS INTERNACIONALES Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCION

3.1 Convenciones Internacionales

La base del presente Estudio está sentada sobre las Convenciones y Tratados Internacionales, en este sentido, básicamente son tres las bases sobre las cuales descansa el actual sistema de lucha contra la corrupción en el mundo, y que en Bolivia fueron ratificadas por Ley de la República, estas son:

Organismo Internacional	Instrumento	Ratificación en Bolivia
Organización de Estados Americanos	Convención Interamericana contra la Corrupción	Ley 1473 15 de enero de 1997
Naciones Unidas	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	Ley 3068 01 de junio de 2005
Naciones Unidas	Convención de las Naciones Unidas	Ley 3107 02 de agosto de 2005

NORMAS LEGALES VIGENTES

NORMAS LEGALES VIGENTES NORMA LEGAL	Nº.	FECHA DE APROBACION / PROMULGACION	RELACION
Cero tolerancia a la corrupción	D.S. 0214	22 de julio de 2009	En el marco de la nueva CPE y concordante con el D.S. 29272 " <i>Plan Nacional de Desarrollo</i> ", el gobierno plantea su Plan de Gobierno de " <i>Cero Tolerancia a la Corrupción</i> "
Constitución Política del Estado (<i>Nueva</i>)	---	07 de febrero de 2009	Mandato constitucional que incorpora la lucha contra la corrupción como

			política de Estado
Organización del Organo Ejecutivo	D.S. 29894	07 de febrero de 2007	Establece la estructura del Organo Ejecutivo (<i>Poder Ejecutivo</i>), donde se incorpora en el Título III, Capítulo III el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción
Nacional de Desarrollo	D.S. 29272	12 de septiembre de 2007	Desarrollo de políticas de lucha contra la corrupción
Ley General de Aduanas	Ley 1990	28 de julio de 1999	Relacionado a los funcionarios aduaneros
Lavado de Dinero	D.S. 24771	31 de julio de 1997	Concordante con los Artículos 185 bis y 185 ter, reglamenta el funcionamiento de la Unidad de Investigaciones Financieras para la lucha contra el Lavado de Dinero que tiene entre sus delitos precedentes a la corrupción como un delito transversal
Código Penal (Modificaciones)	Ley 1768	10 de marzo de 1997	Tipifica delitos relacionados con la corrupción, así como el lavado de dinero producto de la corrupción
Responsabilidad por la función pública	D.S. 23318 (A)	03 de noviembre de 1992	Reglamenta los procedimientos para determinar la responsabilidad por la función

			pública, modificada en partes por el D.S. 26237
Ley de Administración y Control Administrativo	Ley 1178	20 de julio de 1990	Establece normas de administración y control de las entidades del Estado, incorporando las clases de responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones
Código Civil	Decreto Ley 12760	06 de agosto de 1975	Referente al Título IV " <i>Del Enriquecimiento ilegítimo</i> ". Por otra parte en lo referente a la Responsabilidad Civil por la función pública, determinado en la Ley 1178 y D.S. 23318 (A
Ley de lucha contra corrupción (<i>Marcelo Quiroga Santa Cruz</i>)	Ley 004	de 31 de marzo de 2010	como el uso indebido de bienes, enriquecimiento ilícito, enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado, favorecimiento al enriquecimiento ilícito, cohecho activo transnacional, cohecho pasivo transnacional, obstrucción a la justicia; y falsedad de la declaración de bienes y rentas

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ❖ Abanto Vásquez, Manuel. Acerca de la Naturaleza de la Prescripción. En: El Derecho Penal Contemporáneo Edición 2010.
- ❖ Bolivia, Constitución Política del Estado, aprobada en el Referéndum de 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero de 2009.
- ❖ Bolivia, Ley N° 004 de Ley de Lucha Contra la Corrupción Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz, promulgada el 31 de marzo de 2010.
- ❖ Bolivia, Ley N° 007 Ley de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, de 18 de mayo de 2010.
- ❖ Bolivia, La Ley N° 1178 de Administración y Control Gubernamental SAFCO de 20 de julio de 1990.
- ❖ Bolivia, Reglamento de Responsabilidad por la Función Pública aprobada mediante decreto supremo N° 23318 – A, de 3 de noviembre de 1992.
- ❖ Abanto Vásquez, Manuel. Acerca de la Naturaleza de la Prescripción. En: El Derecho Penal Contemporáneo
- ❖ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Editorial Praxis. Barcelona, 1999.
- ❖ Binder, Alberto, “el Proceso Penal” programa para el mejoramiento de la administración de justicia, San Jose de Costa rica 1991
- ❖ Cabanellas Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental” Tomo IV, Buenos Aires Argentina 1998.
- ❖ Caciagli M., “Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada”, Centro de estudios constitucionales, España, 1996

- ❖ Carvajal Lizardo, “Metodología de la Investigación Jurídica” curso general y aplicado 12 ed. Cali. FAI, 1998.
- ❖ Garzón V., E., “Acerca del concepto de corrupción”, Claves de la razón práctica N° 56, España, 1995
- ❖ GRONDONA, M.: “*La Corrupción*”, Editorial Planeta, Argentina, 1993
- ❖ Herrera Añez William, “Derecho Procesal, el Proceso Penal Boliviano”, tercera edición, Bolivia 2012.
- ❖ Mirta Gladis Sotelo de Andrea, “La ética, la corrupción y la función pública” Buenos Aires Argentina 2011.
- ❖ Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Segunda Edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, 1999.
- ❖ Organización de Los Estados Americanos, Adecuación de la Legislación Penal Nacional a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Departamento de Derecho Internacional.
- ❖ Perales, B., “La política desde la ética, II. Problemas morales de las democracias”, Editorial Proyecto a, España, 1998
- ❖ Prado Saldarriaga, Víctor. Todo sobre el Código Penal. Tomo I. Editorial Idemsa. Lima, 1996
- ❖ Primer informe de la Comisión Nolan presentado en mayo de 1996, versión castellana: Syntax, CB. Instituto Vasco de Administración Pública, España, 1996
- ❖ Robert Klitgaard, “Controlando la Corrupción”. Versión castellana: E. Sierra Ochoa, Editorial Sudamérica, 1994

- ❖ Roxin, C. “la Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal” valencia editorial Trant lo Blanch, valencia 2000
- ❖ Saavedra Bejarano Celín, “Administración Pública, fundamentación gestión y responsabilidades” primera edición, Bolivia 2012.
- ❖ Yáñez Cortez Arturo, “Excepciones e Incidentes”, tercera edición Bolivia 2011.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0770/2012

Sucre, 13 de agosto de 2012

SALA PLENA

Magistrada Relatora: Dra. Neldy Virginia Andrade Martínez

Acción de inconstitucionalidad concreta

Expediente: 00133-2012-01-AIC

Departamento: Cochabamba

En la acción de inconstitucionalidad concreta promovida por el Tribunal Cuarto de Sentencia Penal del departamento de Cochabamba formulada por Mirian Mendoza Mercado, en calidad de defensora de oficio de Manfred Armando Antonio Reyes Villa Bacigalupi, Jhonny Leonardo Ferrel Soria Galvarro, Gustavo Osvaldo Navía Mallo y José Federico Escobar Klose, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 24, 34, 36, 37 y la Disposición Final Primera de la Ley 004 de 31 de marzo de 2010, con relación a los arts. 90, 91 Bis y 344 Bis del Código de Procedimiento Penal (CPP), por la supuesta vulneración de los arts. 1, 115.II, 116.II, 117.I, 119.II y 123 de la Constitución Política del Estado (CPE).

ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la demanda

Por memorial presentado el 13 de octubre de 2011, cursante de fs. 162 a 169, la defensora de oficio señaló lo siguiente:

I.1.1. Hechos que motivan la acción

Dentro del proceso penal instaurado contra sus defendidos, el 14 de marzo de 2011, se emitió el Auto de apertura de juicio oral, dentro del cual se aplicarán disposiciones legales contenidas en el Código de Procedimiento Penal que fueron modificadas por los arts. 25 y 34 de la Ley 004, por lo que la decisión final que se emita en el proceso depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados.

Expresa también que existe duda razonable sobre la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, en virtud a que el art. 24 de la Ley 004, al definir el delito de incumplimiento de deberes, como un delito vinculado a la corrupción y el art. 34 de la misma Ley, al agravar la pena para el delito de incumplimiento de deberes,

vulneran el principio de legalidad penal consagrado por el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Por otro lado, el art. 36 de la referida Ley, al incluir nuevas disposiciones legales al Código de Procedimiento Penal, entre ellos los arts. 91 Bis y 344 Bis, que disponen la prosecución del juicio oral en rebeldía del proceso; y, el art. 37 al modificar el art. 90 del CPP, previendo que el efecto suspensivo de la declaratoria de rebeldía no se aplique a los procesos por delitos de corrupción o vinculados a él, vulneran el derecho fundamental al debido proceso consagrado por los arts. 115.II al 121 de la CPE, art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14 del PIDCP.

La Disposición Final Primera de la Ley 004, al establecer la aplicación retroactiva de sus disposiciones legales para el juzgamiento de los delitos de corrupción y vinculados a éste, desnaturaliza el Estado de Derecho, previsto por el art. 1 de la CPE, e infringe el derecho al principio de legalidad penal consagrado por los arts. 116.II de la Ley Fundamental, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del PIDCP.

Con relación a los fundamentos de la inconstitucionalidad, señala que respecto al art. 24 de la Ley 004, éste indica además, "...se consideran delitos de corrupción, los contenidos en los siguientes artículos del código Penal: 142, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, párrafo segundo de los arts. 153 y 154, 157, 158, 172 bis, párrafo cuarto del artículo 173, 173 bis, 174, 221, párrafo primero de los artículos 222 y 224, párrafo segundo del artículo 225.

Son considerados delitos vinculados con corrupción, los contenidos en los siguientes artículos del Código Penal: 132, 132 bis, 143, 150 Bis, 153, 154, 177, 185 Bis, 228, 228 bis, 229 y 230".

Refiere que esta disposición legal vulnera el principio de legalidad penal en sus elementos esenciales de la tipicidad y taxatividad, añadiendo que el primer párrafo del art. 24 de la Ley 004, califica como delito de corrupción el contenido en el "segundo párrafo" del art. 154 del Código Penal (CP), sin considerar que éste artículo no tiene segundo párrafo. Luego, el segundo párrafo del art. 24 de la Ley 004, define como delito vinculado a la corrupción el contenido en el art. 154 del CP, con lo que complica aún más la figura, siendo que esa norma lo define también como delito vinculado a la corrupción.

Asimismo, los arts. 91 Bis y 344 Bis del CPP, vulneran el derecho al debido proceso al prever la prosecución del juicio oral en rebeldía del procesado, dando lugar a una

absoluta indefensión, por lo que éste no podrá asumir defensa material ni técnica, a lo que se añade que estando ausente, no se comunicará al rebelde la acusación formulada, como manda el art. 8.2 incs. d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dando lugar a que el procesado, al no conocer la acusación formulada, se vea impedido de asumir defensa.

Continuó señalando que, con relación a la Disposición Final Primera de la Ley 004, considera que infringe los arts. 1, 116.II y 178 de la CPE, que garantizan la irretroactividad de la ley, dado que ese precepto legal determina, al contrario la aplicación retroactiva de normas sustantivas para la investigación y juzgamiento de personas acusadas de haber cometido delitos de corrupción o delitos vinculados a la corrupción.

I.2. Trámite procesal del incidente y resolución del Tribunal

Mediante Auto de 24 de octubre de 2011, cursante de fs. 196 a 199, el Tribunal Cuarto de Sentencia Penal del departamento de Cochabamba, conformado por los Jueces Técnicos, Mirtha Montaña y Henry Maida García y los Jueces Ciudadanos, Ponciano Rodríguez Arias, Gustavo Aosberto Sejas Flores y Harold Ronald Baya Vega, promovieron la acción de inconstitucionalidad concreta y dispusieron que se eleven los antecedentes en consulta ante el Tribunal Constitucional.

I.3. Trámite en el Tribunal Constitucional Plurinacional

Por AC 0490/2012-CA de 27 de abril, cursante de fs. 223 a 229, la Comisión de Admisión de este Tribunal aprobó la Resolución de 24 de octubre de 2011, pronunciada por el Tribunal Cuarto de Sentencia Penal del departamento de Cochabamba, y en consecuencia, admitió el la acción de inconstitucionalidad concreta, interpuesta por Mirian Mendoza Mercado, en calidad de defensora de oficio de Manfred Armando Antonio Reyes Villa Bacigalupi, Jhonny Leonardo Ferrel Soria Galvarro, Gustavo Osvaldo Navía Mallo y José Federico Escobar Klose, ordenando que se ponga en conocimiento del personero legal del órgano emisor de la norma impugnada, acto que fue cumplido con la ejecución de las notificaciones a Álvaro Marcelo García Linera, Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el 31 de mayo de 2012 (fs. 254).

I.4. Alegaciones del personero del órgano que generó la norma impugnada

Por memorial remitido vía fax el 26 de junio de 2012 (fs. 260 a 271 vta.) y original de fs. 553 a 558 vta., Álvaro Marcelo García Linera, Vicepresidente del Estado

Plurinacional y Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, expuso sus alegatos en los siguientes términos:

a) El art. 24 de la Ley 004, debe ser interpretado en concordancia con el art. 34 de la misma Ley, el cual incorpora un segundo párrafo en el art. 154 del CP, párrafo extrañado por la “recurrente”, por lo que no se creó un tipo penal de corrupción sin incluir el tipo penal, tal cual se puede advertir de la lectura del art. 34 de la Ley 004 en su integridad; b) En el recurso se hizo una incorrecta interpretación del mencionado art. 24, pues aquella norma efectúa la diferencia entre delito de corrupción y el delito vinculado a la corrupción, señalando en su primer párrafo que comete delito de corrupción, de acuerdo a la incorporación efectuada por el art. 30 de la misma Ley al art. 154 del CP: La servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare un acto propio de sus funciones cuando el delito ocasione daño económico al Estado, imponiéndose en tal caso la pena privativa de libertad de uno a cuatro años, agravada en un tercio. Aclarándose en el párrafo segundo del mencionado art. 24, que comete delito vinculado con corrupción, la servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare un acto propio de sus funciones. Aplicándose en ese caso la sanción de uno a cuatro años de privación de libertad; describiéndose en ambos casos la conducta antijurídica y su sanción, cumpliéndose por lo tanto con el principio de legalidad y taxatividad y al mismo tiempo sujetándose al marco constitucional; c) La recurrente afirma que se modificó el art. 154 del CP, en contradicción con lo previsto en el art. 24 de la Ley 004; como se estableció antes, el art. 24 es concordante con el 34 de la misma Ley, entendiéndose que el primero puntualiza qué tipos penales son delitos de corrupción y cuáles son los delitos vinculados con corrupción, estableciendo el art. 34 las modificaciones e incorporaciones al Código Penal, en el caso del delito de corrupción “incumplimiento de deberes” cuando se produce un daño económico al Estado, por lo que el art. 34 de la Ley 004, al incorporar en el art. 154 del CP, un segundo párrafo, distingue dos tipos de conductas, todo en concordancia con el art. 24 de la misma Ley, una de ellas relativa al delito vinculado con corrupción cuando se cumple la conducta descrita en el primer párrafo de la norma, y la otra, relativa al delito de corrupción cuando la conducta descrita en el párrafo primero causa un daño económico al Estado, conforme prevé el párrafo segundo del referido artículo, por lo que no existe inconstitucionalidad y respecto al principio de legalidad que hubiese sido transgredido supuestamente por los arts. 24 y 34 de la Ley 004, concluyen que la función del referido principio sería evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley, más bien los artículos supuestamente inconstitucionales se sujetan al principio mencionado y no vulneran los componentes del mismo; y respetan el principio de taxatividad, por lo que los arts. 24 y 34 de la Ley 004, al enmarcarse dentro de lo

dispuesto por el art. 116.II de la Norma Suprema son constitucionales; d) En el recurso se alega la inconstitucionalidad de los arts. 36 y 37 de la Ley 004, por vulnerar el derecho al debido proceso consagrado en los arts. 115.II y 117.I de la CPE y el derecho a la defensa reconocido por el art. 119.II de la Norma Fundamental, al establecer la prosecución del juicio oral en rebeldía del acusado, y luego de exponer el contenido de ambos derechos, afirma que la prosecución del juicio en rebeldía tiene por finalidad tutelar la actividad jurisdiccional frente a la “omisión maliciosa” de la imputada o imputado de apersonarse ante la autoridad jurisdiccional para evitar la averiguación de la verdad y garantizar el acceso a la justicia de la víctima; al efecto, menciona que, la garantía establecida por el derecho procesal penal para que una persona no sea juzgada en ausencia es válida cuando la persona imputada se halle impedida legalmente de apersonarse ante la autoridad jurisdiccional y asumir su defensa; sin embargo, en criterio inverso, si la persona imputada sin justificativo legal no se apersona ante la autoridad jurisdiccional con la finalidad de obstaculizar el proceso y la averiguación de la verdad, la suspensión del proceso como garantía de la imputada o imputado es inaplicable, y en el recurso se alega que la prosecución del juicio oral en rebeldía de la persona imputada evitaría que ésta pueda realizar los actos de defensa reconocidos en el Código de Procedimiento Penal, por lo que corresponde establecer que a diferencia de materia civil, en el proceso penal por delitos de corrupción, la declaración de rebeldía no es un allanamiento ni reconocimiento de los hechos imputados de la acusación, respetándose ampliamente el principio de la carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia; al respecto el primero garantiza que la carga de la prueba siempre estará sobre el acusador el cual tiene el deber de probar que el sindicado es culpable, no teniendo el imputado el deber de presentar pruebas, excepciones o incidentes para probar su inocencia, sino simplemente debe estar presente en el juicio oral; y el segundo, garantiza si no se probó la acusación, se dicte sentencia absolutoria, por lo que si el imputado no pudo participar en el proceso penal el acusador debe probar el delito cometido e incluso si el imputado no hubiese presentado pruebas de descargo y si la acusación no fuere probada se debe dictar sentencia de absolución. Sin perjuicio a ello, para garantizar ambos derechos el Código de Procedimiento Penal en su art. 344 Bis, establece el nombramiento de defensor de oficio para el juicio oral, por lo que no existe inconstitucionalidad; e) Con relación a la Disposición Final Primera de la Ley 004, expresa que dicha Ley no determina la retroactividad de los nuevos tipos penales establecidos en el art. 25, pues hace notar que los incs. 2) y 3) del citado artículo son delitos de carácter permanente y menciona que el objeto de la Disposición Final Primera es la de cumplir con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado boliviano; y, f) Luego de determinar el bien jurídico protegido de los tipos penales de enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al

Estado, indica que los mismos tiene la característica de ser delitos permanentes en el tiempo, en consecuencia, no existe retroactividad alguna por lo que la norma impugnada no vulnera el art. 116.II de la Norma Suprema.

II. CONCLUSIONES

Del atento análisis y compulsas de los antecedentes, se establecen las siguientes conclusiones:

II.1. El 22 de julio de 2010, la Fiscal de Materia, Ingrid Mercado Hinojosa, acusó formalmente ante el Juzgado Técnico del Tribunal de Sentencia de Turno, a Manfred Armando Antonio Reyes Villa Bacigalupi, como autor de los ilícitos de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica, previstos y sancionados en los arts. 154 y 224 del CP, modificados por el art. 34 de la Ley 004 en referencia al 123 de la CPE; a Johnny Leonardo Ferrel Soria Galvarro, como autor de los ilícitos de incumplimiento de deberes, conducta antieconómica y malversación, tipificados en los arts. 146, 154, 224 y 144 del CP, modificado por la Ley 004; y a Gustavo Osvaldo Navía Mallo, como autor de los ilícitos de incumplimiento de deberes, conducta antieconómica y malversación, tipificados en los arts. 154, 224 y 144 del CP, modificado por la Ley 004; solicitando se imponga la pena máxima considerando la disposición contenida en el art. 45 del CP, que incrementa el quantum de la pena hasta la mitad (fs. 24 a 29 vta.); y presentó requerimiento conclusivo solicitando la aplicación de la salida alternativa de suspensión condicional del proceso a favor de José Federico Escobar Klose (fs. 30 a 31 vta.), el cual fue ampliado el 21 de septiembre de 2010 (fs. 43 a 44 vta.).

II.2. Efectuada la audiencia de constitución de Tribunal el 3 de junio de 2011, se designó formalmente a los Jueces Ciudadanos y se los citó para la audiencia pública de celebración del juicio oral programada para el 9 de junio de 2011 a horas 9:30 (fs. 157 a 158 vta.).

II.3. Los preceptos legales impugnados de inconstitucionalidad de la Ley 004, disponen:

“Artículo 24. (Sistematización de los Delitos de Corrupción y Vinculados). Además de los tipificados en el presente Capítulo, se consideran delitos de corrupción, los contenidos en los siguientes Artículos del Código Penal: 142, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, párrafo segundo de los Artículos 153 y 154, 157, 158, 172 bis, párrafo cuarto del Artículo 173, 173 bis, 174, 221, párrafo primero de los Artículos 222 y 224, párrafo segundo del Artículo 225.

Son considerados delitos vinculados con corrupción, los contenidos en los siguientes artículos del Código Penal: 132, 132 bis, 143, 150 bis, 153, 154, 177, 185 bis, 228, 228 bis, 229 y 230”.

“Artículo 34. (Modificaciones e Incorporaciones al Código Penal). Se modifican los Artículos 105, 142, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 157, 173, 173 Bis, 174, 177, 185 Bis, 221, 222, 224, 225, 228, 229 y 230 del Código Penal, y se incorporan los Artículos 150 Bis, 172 Bis y 228 Bis, de acuerdo al siguiente texto:

(...)

Artículo 154. (Incumplimiento de Deberes). La servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare un acto propio de sus funciones, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años.

La pena será agravada en un tercio, cuando el delito ocasione daño económico al Estado.

(...)

Artículo 36. (Inclusión de Artículos en el Código de Procedimiento Penal). Se incluyen en el Código de Procedimiento Penal, los artículos 29 Bis, 91 Bis, 148 Bis, 253 Bis y 344 Bis, según el siguiente Texto:

(...)

Artículo 91 Bis. (Prosecución del Juicio en Rebeldía). Cuando se declare la rebeldía de un imputado dentro del proceso penal por los delitos establecidos en los Artículos 24, 25 y siguientes de la Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas, el proceso no se suspenderá con respecto del rebelde. El Estado designará un defensor de oficio y el imputado será juzgado en rebeldía, juntamente con los demás imputados presentes.

(...)

Artículo 344 Bis. (Procedimiento de Juicio Oral en Rebeldía por Delitos de Corrupción). En caso de constatarse la incomparecencia del imputado por delitos de corrupción, se lo declarará rebelde y se señalará nuevo día de audiencia de juicio oral para su celebración en su ausencia, con la participación de su defensor de oficio, en este caso, se notificará al rebelde con esta resolución mediante edictos.

Artículo 37. (Modificaciones al Código de Procedimiento Penal). Se modifican los artículos 90, 366 y 368 del Código de Procedimiento Penal, según el siguiente texto:

Artículo 90. (Efectos de la Rebeldía). La declaratoria de rebeldía no suspenderá la etapa preparatoria. Cuando sea declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes, excepto en los delitos de corrupción, debiendo proseguirse la acción penal en contra de todos los imputados, estando o no presentes.

La declaratoria de rebeldía interrumpe la prescripción”.

Disposición Final Primera. “Las acciones de investigación y juzgamiento de delitos permanentes de corrupción y vinculados a ésta, establecidos en el Artículo 25 numerales 2) y 3) de la presente Ley, deben ser aplicados por las autoridades competentes en el marco del Artículo 123 de la Constitución Política del Estado”.

II.4. Los preceptos de la Constitución Política del Estado presuntamente vulnerados son:

Art. 1: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

Art. 115. II: “El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”.

Art. 116.II: “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”.

Art. 117.I: “Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada”.

Art. 119. II: “Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios”.

Art. 123: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las

trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La accionante cuestiona la constitucionalidad de los arts. 24, 34, 36, 37 y la Disposición Final Primera de la Ley 004 de 31 de marzo de 2010, y 90, 91 Bis y 344 Bis del CPP, por la supuesta vulneración de los arts. 1, 115.II, 116.II, 117.I, 119.II y 123 de la CPE, debido a que: 1) La Disposición Final Primera por determinar la aplicación retroactiva de sus normas legales para el juzgamiento de los delitos de corrupción y vinculados a éstos infringe el principio de legalidad penal; 2) El art. 36 al incluir nuevas disposiciones legales al Código de Procedimiento Penal, entre ellos, los arts. 91 Bis y 344 Bis, que permiten la prosecución del juicio oral en rebeldía del procesado, y el art. 37 al modificar el art. 90 del mismo Código, previendo que el efecto suspensivo de la declaratoria de rebeldía no se aplique a los procesos por delitos de corrupción o vinculados a él, vulneran el derecho al debido proceso; y, 3) El art. 24, al definir el delito de incumplimiento de deberes como un delito vinculado a la corrupción y el art. 34, al agravar la pena para dicho delito violan el principio de legalidad penal.

Por consiguiente, a los efectos de realizar el control de la constitucionalidad que se plantea, corresponde determinar si son evidentes los extremos señalados:

III.1. El control de constitucionalidad normativo ejercido a través de la acción de inconstitucionalidad concreta y la cosa juzgada constitucional

En la SC 0031/2006 de 10 de mayo, se expresó que: “...el control de constitucionalidad, en general, es la acción política o jurisdiccional que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución Política del Estado, la que debe ser acatada y cumplida por todos los órganos del poder público, los gobernantes y gobernados, así como aplicada con preferencia a las leyes, decretos o resoluciones”.

Una vez aprobada la Constitución Política del Estado de 2009, considerando el nuevo contexto constitucional imperante, el Tribunal Constitucional en la SC 0034/2010 de 20 de septiembre, entendió que: “...el control normativo de constitucionalidad, es el mecanismo encomendado al órgano contralor de constitucionalidad, para que en caso de ser activado, verifique la observancia y respeto a la Constitución de todas las normas infra-constitucionales caracterizadas por su generalidad, encontrándose

dentro de este plexo normativo las leyes, los decretos supremos, las resoluciones de carácter general y otras normas que no tengan efectos particulares”.

Con la finalidad de posibilitar la operativización del control normativo, el art. 101 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP), establece: “Las acciones de inconstitucionalidad proceden como: 1. Acción de Inconstitucionalidad de carácter Abstracto. 2. Acción de inconstitucionalidad de carácter Concreto vinculada a un proceso judicial o administrativo”; precepto que guarda armonía con lo determinado por el Código de Procesal Constitucional (CPCo) que en su art. 73, refiere: “Las Acciones de Inconstitucionalidad podrán ser: 1. Acción de Inconstitucionalidad de carácter abstracto contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decreto, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales. 2. Acción de Inconstitucionalidad de carácter concreto, que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales, norma que si bien no es aplicable al presente caso en razón de su vigencia se invoca de forma referencial”.

Ahorabien, con relación al antes recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, ahora acción de inconstitucionalidad concreta, la SC 0067/2003 de 22 de julio, interpretando el art. 59 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), sostuvo que en el mismo: “...se encuentran los aspectos que de manera ineludible deben ser considerados para formular el incidente de inconstitucionalidad. El primero se refiere a que debe existir un proceso administrativo o judicial instaurado dentro del que se pueda promover la acción. El segundo aspecto es que la ley, decreto o resolución de cuya constitucionalidad se duda, tenga que ser aplicada a la decisión final del proceso; pues al tratarse, precisamente, de un recurso que se plantea dentro de un proceso concreto, lo que se busca es que en la resolución del mismo no se aplique una norma inconstitucional, por lo que, si es planteado contra una norma que no será aplicada al asunto, deberá ser rechazado de plano por el juez o tribunal respectivo”; (las negrillas son agregadas).entendimiento que se mantiene durante la gestión 2012, en vigencia de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (AC 0030/2012-CA de 22 de febrero, entre otros) y que ha sido modulado por la SCP 0658/2012 de 2 agosto.

Respecto a los efectos del fallo el art. 203 de la CPE, establece que: “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno” y en desarrollo de dicha norma el art. 115.I de la LTCP, determina que: “La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la Acción de

Inconstitucionalidad Concreta, surtirá los mismos efectos determinados para la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta”; y concordante con la misma el art. 107.5 de la misma Ley, establece: “La sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella”.

Como puede observarse el precepto legal citado instituye la cosa juzgada constitucional que, en síntesis, involucra la inmutabilidad de la sentencia constitucional y con ello la restricción para interponer una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la norma o precepto legal que hubiese sido declarado constitucional, sin embargo, no es menos evidente que la cosa juzgada constitucional en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario como el que se constituye Bolivia es el resultado del proceso argumentativo del órgano de control de constitucionalidad por lo que únicamente recae sobre los argumentos desarrollados en la sentencia constitucional respectiva.

Así, en el derecho comparado la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-774-01 de 25 de julio de 2001, recordó la doctrina constitucional universal en sentido de que: “En el proceso constitucional es necesario modular la operancia de la cosa juzgada conforme a un análisis que tenga en cuenta la posibilidad de que se planteen nuevos cargos, no tenidos en cuenta por el juez constitucional, o que el examen de las normas demandadas se haya limitado al estudio de un solo asunto de constitucionalidad, o que no se haya evaluado la disposición frente a la totalidad de la Carta, o que exista una variación en la identidad del texto normativo. En eventos como estos, no obstante existir ya un fallo de constitucionalidad, podría abrirse la posibilidad de realizar una nueva valoración de la norma acusada” y en este sentido se identifica a la cosa juzgada relativa que se presenta cuando “...la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro...” aspecto que concuerda con la configuración de la acción de inconstitucionalidad concreta que habilita a este Tribunal a analizar únicamente las normas que puedan aplicarse al caso concreto que dio lugar al planteamiento de la acción constitucional.

En este sentido, la SC 0101/2004 de 14 de septiembre, justificó un nuevo análisis de constitucionalidad de una norma anteriormente declarada constitucional expresando: “En atención a la conexitud de la norma impugnada con el art. 133 y la Disposición Transitoria Tercera, ambos del CPP, corresponde, en aplicación del art. 58.IV de la LTC, extender el juicio de constitucionalidad a las indicadas normas; precisando que si bien la última de las disposiciones nombradas fue declarada constitucional, y según

el art. 58.V, ‘La Sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella’; ello no impide someter a la indicada norma a un nuevo juicio de constitucionalidad, al ser distinto el fundamento en el que se basó tal análisis; dado que lo que la norma prohíbe es un nuevo examen sobre un mismo fundamento” (las negrillas son nuestras), entendimiento que deja en claro que la declaratoria de la constitucionalidad de una norma no impide un nuevo juicio de constitucionalidad cuando el fundamento o cargo de una nueva demanda sea distinto al anteriormente considerado por el órgano de control de constitucionalidad, aspecto que además justifica que este Tribunal pueda decidir por la complejidad de una determinada temática dejar expresamente establecido los alcances de su decisión.

III.2. El principio de legalidad

La Constitución Política del Estado contempla el citado principio de legalidad en el art. 116.II, que a la letra indica: “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”.

Por su parte este principio, en el Código Penal se encuentra contemplado en el art. 70, que expresa: “Nadie será condenado a sanción alguna, sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de Procedimiento Penal. No podrá ejecutarse ninguna sanción sino en virtud de sentencia emanada de autoridad judicial competente y en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en aquella”.

El principio de legalidad se constituye en un elemento sustancial de todo aquel Estado que pueda identificarse como un Estado de Derecho; resulta coincidente en la doctrina, identificar a este principio como el límite penal para que nadie pueda ser condenado por la perpetración de un hecho, si éste no se encuentra descrito como figura delictiva con el establecimiento de su correspondiente consecuencia jurídica por una ley anterior a su comisión. A decir de Fernando Villamor Lucía, el principio de legalidad tiene dos partes, “nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege, es decir que el delito y la pena deben estar determinados por una ley previa” .

La doctrina legal aplicable de la extinta Corte Suprema de Justicia, por medio del Auto Supremo 21 de 26 de enero de 2007, entre otros, reconoció que: “El principio de legalidad se constituye en una garantía constitucional del individuo, que limita la actuación punitiva del Estado...”. Además dejó en claro que este "principio no se agota en la clásica formulación elaborada por Feuerbach: 'Nullum crimen, nulla poena sine previa lege', sino que actualmente se presentan otros requisitos que

completan la formulación del principio, dotándoles de mayor exigencia y contenido, como son los principios de 'taxatividad', 'tipicidad', 'lex scripta' y especificidad”.

El principio de legalidad se encuentra conformado a la vez por varios sub principios, entre ellos, el de taxatividad, referido precisamente -valga la redundancia- a la taxatividad de la norma procesal, e implica la suficiente predeterminación normativa de los ilícitos y sus consecuencias jurídicas; pues la indeterminación supone una deslegalización material encubierta; por otra parte se encuentra el principio de tipicidad que desarrolla el principio fundamental 'nullum crimen, nulla poena sine lege', se aplica como la obligación de que los jueces y tribunales apliquen la ley sustantiva debidamente enmarcando la conducta del imputado exactamente en el marco descriptivo de la ley penal a efectos de no incurrir en calificación errónea que afecte al debido proceso y devenga en defecto absoluto insubsanable; otro importante principio es el de favorabilidad que denota la aplicación de la norma más favorable al imputado o procesado en caso de duda y cuyo techo constitucional se encuentra en el art. 116.I. de la CPE vigente que establece: “...Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado”. También se encuentra el principio de irretroactividad, sin embargo, este principio será ampliamente desarrollado más adelante.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, a momento de precautelar el respeto y la vigencia del principio de legalidad ha desarrollado el mismo en sus dos vertientes, en este sentido, a través de la SC 0062/2002 de 31 de julio, precisó: "...el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho, representa la materialización de los valores fundamentales que este encarna; consiguientemente, se constituye en un presupuesto básico insoslayable de la administración (realización) de la justicia, de que, siendo la ley expresión de la voluntad de sus destinatarios en materia sancionatoria, se legitima sólo cuando la misma ha sido aprobada con las exigencias formales establecidas por el ordenamiento superior: su Constitución. (...) el principio de legalidad en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley. (...) el principio de legalidad en su vertiente penal (sustantiva), prohíbe que una conducta, por reprochable que parezca y por mucho que lesione un derecho, pueda conceptuarse como falta o delito, si la ley no la describe de manera taxativa como tal. (...) "La realización material del principio de legalidad también viene condicionada por la forma como se encare el proceso de subsunción de la conducta en el tipo descrito por la norma sancionadora; pues, todo el andamiaje que importan las garantías formales, quedarían reducidas a la nada, si

fuera conforme a derecho, aplicar un precepto distinto, al de la conducta atribuida o imputada”.

En cuanto al principio de legalidad, de conformidad a lo previsto por el art. 180 de la CPE, el Tribunal Constitucional a través de su SC 0275/2010-R de 7 de junio, ha señalado que: “...es un principio procesal de la jurisdicción ordinaria; al respecto este Tribunal a través de la SC 0919/2006-R de 18 de septiembre, que a su vez citó a la SC 0062/2002 de 31 de julio, estableció que: 'el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho' (...) en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley”.

En consecuencia, el Estado no puede castigar una conducta que no está descrita ni penada por la ley, cimentándose una doble garantía: Por una parte, todas las personas conocen el ámbito de lo permitido y prohibido y, por la otra, el delincuente no puede ser castigado más que por las acciones legalmente descritas y sólo con la pena correspondiente.

III.3. El principio de irretroactividad de la ley

La Constitución Política del Estado en su art. 123, dentro del Capítulo destinado a garantías jurisdiccionales, establece que: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.

Respecto al principio de irretroactividad de la norma a que hace referencia el accionante, el Tribunal Constitucional mediante la SC 0334/2010-R de 15 de junio, citada por la SC 1795/2010-R de 25 de octubre, señaló lo siguiente: “El art. 33 de la CPEabrg, disponía que la ley solo tiene efecto para lo venidero; y no así retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente; es decir, uno de los principios más elementales que rigen la aplicación de la ley es su irretroactividad, que significa que ésta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación, así también lo ha establecido el art. 123 de la CPE.

El fundamento jurídico del principio de irretroactividad, es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico, porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones

con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas.

La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.

Es por ello, que el principio de irretroactividad no se contrapone con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos”. (Las negrillas son añadidas)

En la normativa penal el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra en los párrafos segundo y tercero del art. 4 del CP, que determina: “Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que existe al dictarse el fallo, se aplicará siempre la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será ésta la que se aplique”.

III.4. Juicio o test de constitucionalidad.

Con carácter previo a ingresar al juicio de constitucionalidad, corresponde establecer con exactitud el objeto procesal, partiendo al efecto de la carga argumentativa expuesta por la accionante pues es a través de la misma que fundamenta su duda con relación a las normas legales de la Ley 004 que considera infringen los preceptos constitucionales que cita, presupuesto que será realizado en cada acápite a continuación:

III.4.1. Respecto a la Disposición Final Primera de la Ley 004

A través de la acción de inconstitucionalidad concreta se denuncia que la Disposición Final Primera de la Ley 004, infringe los arts. 1, 116.II y 178 de la CPE, que garantizan la irretroactividad de la ley, dado que ese precepto legal determina la

aplicación retroactiva de normas sustantivas para la investigación y juzgamiento de personas acusadas de haber cometido delitos de corrupción o delitos vinculados a la corrupción.

En consecuencia, amerita verificarse la denuncia referida a través del test de constitucionalidad bajo los parámetros del cargo de inconstitucionalidad contenido en la acción que se limita al primer párrafo de la citada disposición legal que a la letra determina:

“Primera. Las acciones de investigación y juzgamiento de delitos permanentes de corrupción y vinculados a ésta, establecidos en el Artículo 25 numerales 2) y 3) de la presente Ley, deben ser aplicados por las autoridades competentes en el marco del Artículo 123 de la Constitución Política del Estado”.

La duda de la accionante emerge con relación a la aplicabilidad con carácter retroactivo de normas sustantivas para la investigación y juzgamiento de personas acusadas de haber cometido delitos de corrupción o vinculados a ella, pues a su defendido se lo está procesando por el delito de incumplimiento de deberes y conducta antieconómica en base a la Ley 004; por ello, se debe efectuar el análisis correspondiente, en ese entendido, amerita iniciar el mismo por el examen del contenido del art. 123 de la CPE, que se denuncia ha sido infringido, así esta norma constitucional introduce una excepción a la irretroactividad en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado.

El art. 123 de la CPE, dispone que: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.

Este Tribunal considera inicialmente que al referir dicha norma a “...la imputada o imputado...” por el principio de favorabilidad se abarca a la o al condenado y que al hacer referencia únicamente a servidores públicos por el principio de igualdad también se abarca a las servidoras públicas.

Por otra parte, es necesario también precisar que el derecho penal sustantivo o material es el conjunto de las normas que regulan la materia de los delitos y de las penas que a ellos corresponden y se encuentra contemplado en el Código Penal o las

leyes penales que también establecen los delitos y las penas; en tanto que el derecho adjetivo o procesal, es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de aquellas, es decir, constituye las reglas procesales o procedimentales que regulan el juicio penal.

En este marco, conforme la doctrina uniforme, la jurisprudencia nacional e internacional en lo referente a la aplicación de la norma penal adjetiva, la norma procesal aplicable es la vigente siempre y cuando no tenga afectación al derecho sustantivo en cuyo caso se aplica la norma adjetiva más favorable.

Respecto a la norma penal sustantiva en mérito a la cláusula del art. 1 de la CPE, que establece que Bolivia se constituye en un “...Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario...” (las negrillas son nuestras), el principio de legalidad, la seguridad jurídica y el deber de respetar los derechos fundamentales, sólo pueden ser sancionadas aquellas conductas con las penas previamente establecidas en una ley (nullum crimen nulla poena sine lege) salvo que sean más favorables al procesado en virtud al principio de favorabilidad.

Es decir, de una interpretación sistemática, teleológica y literal la norma contenida en el art. 123 de la CPE, no debe ser entendida en sentido que sea posible sancionar retroactivamente conductas que no estuvieron previamente establecidas en una ley, pues el art. 123 de la CPE, se encuentra en el Título IV, Capítulo Primero relativo a las garantías jurisdiccionales, por lo que debe entenderse como una garantía de seguridad del Estado a favor de los ciudadanos, pues no resultaría lógica la interpretación del establecimiento de garantías a favor del propio poder público. En este sentido para este Tribunal no resulta admisible que una garantía de los procesados en materia de corrupción sea la de que se les aplique retroactivamente la ley penal sustantiva desfavorable.

Conforme el art. 116.II de la CPE, se tiene que: “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”, lo que debe interpretarse en armonía con el art. 123 de la Norma Fundamental, que dispone que la ley es retroactiva cuando beneficie a la imputada o al imputado.

Incluso de interpretarse que el mencionado art. 123, permite aplicación retroactiva de la penal sustantiva correspondería aplicar el art. 116.I, que establece que “Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado”.

En este sentido, como anota Enrique Bacigalupo, cuando se hace referencia a la favorabilidad en la aplicación de la ley penal en el tiempo, “Se parte del supuesto de

que la vigencia de la ley penal es hacia el futuro, pues debe estar vigente al tiempo en que se comete el hecho punible. La ley penal no rige en principio hacia el pasado (retroactividad) y no tiene vigencia después de ser derogada (ultractividad). No obstante, es posible su aplicación retroactiva o ultractiva cuando es favorable al agente del punible".

De entenderse que el art. 123 de la CPE, permite la aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva no sólo se afectaría la seguridad jurídica sino que se transformaría el derecho penal del acto a un derecho penal de autor y se desnaturalizaría la función democrática de la pena, pues la misma ya no podría motivar la conducta de los ciudadanos.

La retroactividad de la aplicación del derecho penal sustantivo de forma retroactiva está vedada por los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, así tenemos entre otros que:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su art. 11.2, establece: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art 9, dispone lo siguiente: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...".

El Pacto Internacional que también forma parte del bloque de constitucionalidad como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en su art. 15.1, que: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

En este marco, corresponde recordar que el art. 256.I de la CPE, establece que: "Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta" (el resaltado nos corresponde) y el art. 13.IV de la Norma Suprema, determina que: "...Los derechos y deberes consagrados en esta

Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

Por su parte, con especificidad en materia de corrupción, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, con relación a la aplicación de la norma en el tiempo en su art. XIX, dispone: “Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, respecto a la irretroactividad nos ilustra de la siguiente manera: En el caso De La Cruz Flores Vs. Perú, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, se estableció: “80. 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. 81. 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. 82. 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 inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico”.

En el mismo sentido, se pronunció la Corte Interamericana en el Caso Vélez Loor contra Panamá, que en la Sentencia de 23 de noviembre de 2010, sostuvo: “183. 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. El Tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse en cuanto a la aplicación del artículo 9 de la Convención a la materia sancionatoria administrativa. A este respecto ha precisado que “en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario,

los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”.

La jurisprudencia citada integra el bloque de constitucionalidad según lo establecido en la SC 0110/2010-R de 10 de mayo, en la que se coligió “...las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del ‘Estado Constitucional’ enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos”.

La jurisprudencia constitucional emanada del Tribunal Constitucional no ha sido indiferente respecto al principio de irretroactividad, así como ejemplo se puede citar la SC 0161/2003-R de 14 de febrero, pues se ordenó dentro de la tramitación de una acción tutelar el procesamiento de directivos de la entonces Organización Nacional del Menor y la Familia (ONAMFA) como reos de atentado contra las garantías constitucionales sosteniéndose que la accionante: “...fue sometida a un procesamiento ilegal e indebido, toda vez que se instauró y sustanció el proceso penal por un delito no tipificado en el Código Penal ni otra norma legal punitiva vigente en ese momento, agravándose la situación, cuando la autoridad judicial recurrida dictó sentencia condenatoria contra las procesadas, declarándolas autoras de un delito inexistente, como es el ‘recurso de atentado contra las garantías constitucionales (...)’- y que-: ‘aún asumiéndose que el juzgador, durante el transcurso del proceso o al dictar la sentencia, hubiese tipificado la conducta de las procesadas como ‘desobediencia a resoluciones en procesos de hábeas corpus y amparo constitucional’, delito tipificado por el art. 179 bis del Código Penal, por ser éste el tipo penal que el legislador incorporó mediante la Ley 1768 de 1997 al citado Código cumpliendo el mandato de la Constitución, no hubiese subsanado la ilegalidad, por lo mismo no hubiese reparado el procesamiento ilegal e indebido al que sometió a la representada del recurrente, puesto que en materia penal rige también el principio de irretroactividad de la Ley, pudiendo aplicarse la retroactividad como excepción sólo para lo que beneficia al delincuente...”.

Mientras que en la SC 0305/2003-R de 12 de marzo, se sostuvo que: “...en cuanto se refiere a la aplicación de una ley penal diferente al tipo penal que dio origen a su

juzgamiento, de la lectura del texto legal que describe y sanciona el tipo penal de estafa previsto por el Código penal vigente en el momento de la ejecución del supuesto hecho delictivo (Decreto Ley 10426 de 23 de agosto de 1972) y del tipo penal con el que se condena al recurrente (art. 335 con relación al 346 bis del Código penal modificado mediante Ley 1768) tanto en su estructura típica; esto es los elementos constitutivos de la conducta punible, así como la sanción establecida en ambos preceptos, son diferentes (...)

Del análisis comparativo de los preceptos legales precedentemente transcritos, se establece que el tipo penal por el que se condena al recurrente en la sentencia impugnada es rotundamente desfavorable al reo. En efecto, el nuevo precepto ha introducido al tipo penal de estafa una circunstancia cualificadora que crea un tipo agravado de estafa que es sancionado con una pena de reclusión de tres a diez años y con multa de cien a quinientos días, frente a la contenida en el precepto vigente en el tiempo de la comisión del delito que establece la pena de reclusión de uno a cinco años y con multa de sesenta a doscientos días.

Que, de lo expresado se constata que se ha vulnerado la garantía de la irretroactividad de la ley penal desfavorable y, dentro de ella, la garantía del principio de legalidad en su vertiente penal; al aplicar la nueva ley que muestra una mayor rigurosidad en la política criminal del Estado para combatir esta clase de actos delictivos, que no estaba presente en la normativa vigente al momento de la comisión del delito por el que se condena al recurrente...”.

En el mismo sentido se pronunciaron las SSCC 0386/2005-R y 0807/2007-R, entre otras, mismas que corresponden ser consideradas en la medida en la que hacen referencia a derechos fundamentales y que a momento de emitirse ya Bolivia había adoptado compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos.

Por lo desarrollado líneas supra, la jurisprudencia constitucional nacional y la de los tribunales internacionales en la materia se tiene:

Se aplica la norma penal sustantiva vigente al momento de cometer el acto presuntamente delictivo.

Por el principio de seguridad jurídica se encuentra vedada la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa de forma retroactiva en cuyo caso debe aplicarse la ley penal sustantiva vigente a momento de cometer el ilícito de forma ultractiva.

Es posible la aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva más favorable.

Se aplica norma adjetiva vigente (retrospectividad).

Cuando el delito de corrupción o vinculado a ella es permanente -aspecto determinado por la afectación al bien jurídico que depende en el tiempo de la voluntad del imputado- es aplicable la norma penal vigente a la comisión del hecho. Ello impele por tanto a que todo juez o tribunal diferencie en cada caso los delitos permanentes de los delitos con efecto permanente. Excepción que la estableció la Corte Interamericana de los Derechos Humanos entre otras en el caso Trujillo Oroza, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -ahora Tribunal Supremo de Justicia- en el Auto Supremo 247 de 16 de agosto de 2010 y en el derecho comparado el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente 2798-04-HC/TC.

Bajo los argumentos expuestos y de una interpretación “de la Constitución” del art. 123 de la CPE y “desde la Constitución” de la Disposición Final Primera de la Ley 004, corresponde declarar su constitucionalidad únicamente respecto al cargo de inconstitucionalidad referido a que permite la aplicación retroactiva del derecho penal sustantivo contenido en la Ley 004, siempre y cuando su aplicación por los jueces o tribunales sea en el marco del principio de favorabilidad y conforme a lo expuesto ut supra.

III.4.2. Con relación a los arts. 36 y 37 de la Ley 004

Antes de iniciar la fundamentación correspondiente, resulta menester hacer notar que no existe óbice para efectuar el contraste o test de constitucionalidad con relación a los arts. 36 y 37 de la Ley 004, toda vez que los mismos introducen reformas o modificaciones al Código de Procedimiento Penal, modificando así el art. 90 referido a los efectos de la rebeldía e introduciendo los arts. 91 Bis y 334 Bis, ambos también referidos a la rebeldía, por tanto la normativa procesal penal citada refiere a reglas del procesamiento y por tanto es de orden adjetivo, por lo que inicialmente puede aplicarse a las causas en tramitación siempre y cuando su aplicación no afecte a los elementos del debido proceso conforme se puntualizará más adelante.

De la lectura de la solicitud de promover la acción, se observa que se alega también la inconstitucionalidad del art. 36 de la Ley 004, fundamentando que al incluir nuevas disposiciones legales al Código de Procedimiento Penal, entre ellas los arts. 91 Bis y 334 Bis, vulnera en criterio del solicitante del incidente el derecho al debido proceso de su defendido en virtud a que disponen la prosecución del juicio oral en rebeldía del procesado dando lugar a que se lo coloque en un absoluto estado de indefensión pues: a) No se le comunicará de manera previa y detallada la acusación formulada en su contra; b) No asumirá defensa material ni técnica, pues estará imposibilitado de

encomendar la misma a un defensor de su confianza; c) No podrá interrogar a los testigos o peritos; y, d) Tampoco podrá impugnar la sentencia si es desfavorable, por lo que encuentra que se infringen los arts. 115.II, 117.II y 119.II de la CPE, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del PIDCP.

Respecto al art. 37 de la Ley 004, indica que al modificar el art. 90 del CPP, determinando que la declaratoria en rebeldía del procesado no interrumpe el proceso penal, por el delito de corrupción y al disponer como excepción la prosecución del juicio oral en rebeldía del procesado se da lugar a que se juzgue en un absoluto estado de indefensión, reiterando los mismos términos del anterior párrafo, concluyendo en que se vulnera el derecho al debido proceso consagrado por los arts. 115.II, 117.I y 119.II de la CPE, art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del PIDCP.

A los fines de efectuar el contraste, amerita precisar lo contemplado por las normas constitucionales que se consideran infringidas, en ese sentido, el art. 115.II de la CPE, dispone que el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones; por su parte el art. 117.I, establece que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada; y finalmente el art. 119.II, determina que toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios.

De la lectura a los preceptos constitucionales transcritos los mismos consagran al debido proceso y el derecho a la defensa, y es precisamente en función a ellos que la accionante sustenta su pretensión cuyo elemento común se constituye en que el proceso penal no se suspende respecto del rebelde en los delitos de corrupción o vinculados con corrupción y se lo deja en absoluto estado de indefensión.

Sin embargo, se debe necesariamente diferenciar cuáles son aquellos casos que dan lugar a la declaratoria de rebeldía y que involucren generar en el procesado aquel estado de indefensión absoluto tal cual se afirma en la acción concreta de inconstitucionalidad; al respecto el Tribunal Constitucional a través de Sentencias Constitucionales emergentes de acciones de libertad, estableció por ejemplo, que a través de la acción de libertad se tutela el debido proceso cuando: "...a consecuencia de las violaciones al debido proceso invocadas, se colocó al recurrente en absoluto estado de indefensión, lo que no le permitió impugnar los supuestos actos ilegales y

que recién tuvo conocimiento del proceso al momento de la persecución o la privación de la libertad” (SC 1865/2004-R de 1 de diciembre). Por su parte y en la misma lógica, el mismo Tribunal a través de la SC 1030/2010-R de 23 de agosto, manifestó que: “...en la SC 0619/2005-R de 7 de junio, (...): a partir de la doctrina constitucional sentada en la SC 1865/2004-R de 1 de diciembre, para que la garantía de la libertad personal o de locomoción pueda ejercerse mediante el recurso de hábeas corpus cuando se denuncia procesamiento ilegal o indebido deben presentarse, en forma concurrente, los siguientes presupuestos: (...) b) Debe existir absoluto estado de indefensión, es decir, que el recurrente no tuvo la oportunidad de impugnar los supuestos actos lesivos dentro del proceso y que recién tuvo conocimiento del mismo al momento de la persecución o la privación de la libertad”⁶⁶ (las negrillas fueron añadidas).

Partiendo del entendimiento relativo a que el derecho a la defensa se constituye en un elemento constitutivo del debido proceso y que conforme la SC 1842/2003-R de 12 de diciembre, cuenta con dos connotaciones esenciales: “...La primera es el derecho que tienen las personas, cuando se encuentran sometidas a un proceso con formalidades específicas, a tener una persona idónea que pueda patrocinarle y defenderle oportunamente, mientras que la segunda es el derecho que precautela a las personas para que en los procesos que se les inicia, tengan conocimiento y acceso de los actuados e impugnen los mismos con igualdad de condiciones conforme a procedimiento preestablecido y por ello mismo es inviolable por las personas o autoridad que impidan o restrinjan su ejercicio...” (el resaltado es nuestro). Se puede colegir de la lectura de la jurisprudencia citada, al absoluto estado de indefensión, como el desconocimiento de un proceso judicial iniciado contra procesado que conlleva la falta de oportunidad para impugnar los supuestos actos lesivos dentro del proceso, sin perjuicio de que a pesar de que hubiese conocido inicialmente sobre el proceso, por omisiones posteriores se le impidió ejercer el derecho a la impugnación.

El establecimiento conceptual antedicho, emerge de la imperiosa necesidad de establecer los alcances del absoluto estado de indefensión y su incidencia en la incomparecencia del procesado, misma que básicamente se restringiría al desconocimiento del proceso con la imposibilidad de ejercer su derecho a la defensa irrestricta lo cual atinge también al debido proceso.

Corresponde ahora describir las causales para la declaratoria en rebeldía y los efectos que produce la misma en el proceso penal; al efecto, el art. 87 del CPP, determina que el imputado será declarado rebelde cuando: “1) No comparezca sin causa justificada a una citación de conformidad a lo previsto en este Código; 2) Se haya evadido del

establecimiento o lugar donde se encontraba detenido; 3) No cumpla un mandamiento de aprehensión emitido por autoridad competente; y, 4) Se ausente sin licencia del juez o tribunal del lugar asignado para residir”.

Para los casos en los cuales resulte imposible al procesado comparecer, el mismo compilado procesal establece en el art. 88, que el imputado o cualquiera a su nombre, podrá justificar ante el juez o tribunal su impedimento; caso en el que se concederá al impedido un plazo prudencial para que comparezca.

Sin embargo, el art. 89 del mismo Código, determina que: “El juez o tribunal del proceso, previa constatación de la incomparecencia, evasión, incumplimiento o ausencia, declarará la rebeldía mediante resolución fundamentada, expidiendo mandamiento de aprehensión o ratificando el expedido (...); -pudiendo el juez o tribunal disponer-:

- 1) El arraigo y la publicación de sus datos y señas personales en los medios de comunicación para su búsqueda y aprehensión.
- 2) Las medidas cautelares que considere convenientes sobre los bienes del imputado para asegurar la eventual responsabilidad civil emergente del hecho imputado;
- 3) La ejecución de la fianza que haya sido prestada;
- 4) La conservación de las actuaciones y de los instrumentos o piezas de convicción;
- 5) La designación de un defensor para el rebelde que lo represente y asista con todos los poderes, facultades y recursos reconocidos a todo imputado (las negrillas son agregadas).

Al respecto, la SC 1214/2011-R de 13 de septiembre, a momento de establecer los fines instrumentales de la declaratoria de rebeldía, indicó que: “Con la finalidad de evitar las constantes incomparecencias por parte de los procesados a las distintas audiencias que emergen de la persecución penal y consecuentemente no generar dilaciones indebidas que a la postre generen no sólo retardación de justicia sino también denegación de la misma con el efecto inmediato de vulnerar los derechos de la víctima, entre ellos la tutela judicial efectiva, el ordenamiento procesal vigente tiene previsto a su interior, una serie de medidas para viabilizar el cumplimiento del principio de celeridad y evitar demoras injustificadas, es así, que tratándose del imputado, se tiene previsto específicamente en el art. 87 del CPP, un medio compulsivo cual es la declaratoria de rebeldía con sus respectivos efectos que, entre otros, se encuentra la aprehensión del rebelde, tal cual prevé el art. 89 del citado Código.

Ahora bien, entre las causales para declarar la rebeldía, el art. 87 inc. 1) del CPP, establece que: “El imputado será declarado rebelde cuando no comparezca sin causa justificada a una citación de conformidad a lo previsto en este Código”; es decir, que respecto de este supuesto la declaratoria de rebeldía se adopta a raíz de la desobediencia al llamamiento judicial o citación de quien se encuentra sometido a un proceso.

Por otra parte, la SC 0535/2007-R de 28 de junio, señaló que: “...la declaratoria de rebeldía tiene como consecuencia la expedición del mandamiento de aprehensión, el arraigo y la publicación de los datos y señales personales del imputado en los medios de comunicación, para su búsqueda y aprehensión, esto con la finalidad de lograr que el declarado rebelde acuda a la citación o llamamiento judicial y la investigación o el proceso penal continúen”. Bajo ese entendimiento jurisprudencial, se tiene que la autoridad judicial puede determinar las medidas cautelares que considere convenientes sobre los bienes del imputado para asegurar la eventual responsabilidad civil emergente del hecho imputado; la ejecución de la fianza que haya sido prestada, entre otras medidas (art. 89 del CPP).

Frente a dicho supuesto, la misma SC 0535/2007-R, indicó que: ‘...el art. 91 del CPP determina que cuando el rebelde comparezca o sea puesto a disposición de la autoridad que lo requiera, el proceso continuará su trámite, dejándose sin efecto las órdenes dispuestas a efectos de su comparecencia, manteniendo las medidas cautelares de carácter real; añadiendo que si el imputado justifica que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, la rebeldía será revocada y no habrá lugar a la ejecución de la fianza’.

Consiguientemente, la declaratoria de rebeldía y la expedición del mandamiento de aprehensión, cuando se basa en el art. 87 inc. 1) del CPP, tienen un objetivo instrumental, cual es el de lograr, de manera inmediata la comparecencia del imputado a fin de que la investigación o el proceso penal continúen con su tramitación, preceptos legales de orden procesal que buscan la materialización de una justicia pronta, rápida y oportuna, cumpliendo así con el mandato constitucional que deviene de lo establecido en el art. 178. I de la Constitución Política del Estado (CPE), que a la letra establece que el principio de celeridad -entre otros-, se sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo boliviano, garantizando en todo momento que el imputado declarado rebelde, pueda ejercitar todos sus derechos y en su caso, previa justificación de su incomparecencia, mantener incólume su estado de libertad, ya que de mediar justificación legítima, quedan sin efecto todas las

disposiciones judicial que pudieran haber alterado temporalmente su estado de libertad “ (las negrillas son añadidas).

Pero aquel objetivo primordial de conseguir la comparecencia del procesado solamente puede ser alcanzado, cuando se pone en su conocimiento la existencia del proceso penal en su contra a través de los medios idóneos, estas son, las comunicaciones procesales efectivas, caso contrario se lo colocaría en un estado de indefensión absoluto con las consecuencias que todo ello acarrea.

Ahora bien, cuáles son aquellas comunicaciones procesales efectivas, sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional en la SC 1845/2004-R de 30 de noviembre, señaló: “...los emplazamientos, citaciones y notificaciones (notificaciones en sentido genérico), que son las modalidades más usuales que se utilizan para hacer conocer a las partes o terceros interesados las providencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales o administrativos, para tener validez, deben ser realizados de tal forma que se asegure su recepción por parte del destinatario; pues la notificación, no está dirigida a cumplir una formalidad procesal en si misma, sino a asegurar que la determinación judicial objeto de la misma sea conocida efectivamente por el destinatario (así SC 0757/2003-R de 4 de junio); dado que sólo el conocimiento real y efectivo de la comunicación asegura que no se provoque indefensión en la tramitación y resolución en toda clase de procesos; pues no se llenan las exigencias constitucionales del debido proceso, cuando en la tramitación de la causa se provocó indefensión (art.16.II y IV de la CPE); sin embargo, en coherencia con este entendimiento, toda notificación por defectuosa que sea en su forma, que cumpla con su finalidad (hacer conocer la comunicación en cuestión), es válida” (las negrillas son agregadas).

Por su parte y complementando lo anterior, en la SC 0871/2005-R de 29 de julio, se indicó: “...el Código de procedimiento penal determina que las notificaciones tienen por objeto hacer conocer a las partes o a terceros las resoluciones judiciales (...).

En cuanto a los medios de notificación, el art. 161 del CPP, establece que las notificaciones se practicarán por cualquier medio legal de comunicación que el interesado expresamente haya aceptado o propuesto, excepto las notificaciones personales; y el art. 162 del mismo cuerpo legal citado dispone que los fiscales y defensores estatales serán notificados en sus oficinas y las partes en su domicilio que hayan constituido en su primera actuación o en su defecto, en estrados judiciales; salvo el caso de las notificaciones personales.

El art. 163 del CPP, establece que se debe notificar personalmente a las partes:

- 1) La primera Resolución que se dicte respecto de las partes,
- 2) Las Sentencias y resoluciones de carácter definitivo,
- 3) Las resoluciones que impongan medidas cautelares personales; y,
- 4) Otras que por disposición del Código de procedimiento penal deban notificarse personalmente.

En cuanto a la forma de la diligencia la citada disposición legal establece que la notificación se efectuará mediante la entrega de una copia de la resolución al interesado y una advertencia por escrito acerca de los recursos posibles y el plazo para interponerlo, dejando constancia de la recepción. Si el interesado no fuere encontrado, se la practicará en su domicilio real, dejando copia de la resolución y de la advertencia en presencia de un testigo idóneo que firmará la diligencia” (las negrillas son añadidas).

De lo desarrollado, queda claro que, para que una citación o notificación pueda considerarse efectiva no debe producir indefensión, y es precisamente precautelando el derecho a la defensa que la normativa procesal penal ha dispuesto que determinadas actuaciones procesales necesariamente deban ser notificadas de forma personal, debido básicamente a que su desconocimiento vulneraría el derecho a la defensa, así y conforme a lo mencionado, el art. 163 del CPP, establece que se debe notificar personalmente a las partes:

- 1) La primera Resolución que se dicte respecto de las partes,
- 2) Las Sentencias y resoluciones de carácter definitivo,
- 3).Las resoluciones que impongan medidas cautelares personales;
- 4) Otras que por disposición del Código de Procedimiento Penal deban notificarse personalmente”.

Resulta palpable del análisis al precepto legal transcrito y la jurisprudencia constitucional glosada, que la omisión o la inefectiva citación o notificación con la primera Resolución que se dicte respecto de las partes y las sentencias y resoluciones de carácter definitivo, son las que provocarían en todo imputado el desconocimiento del proceso o generarían la imposibilidad de impugnar las resoluciones desfavorables, generando de esta forma un absoluto estado de indefensión que no condice con el espíritu garantista de sistema procesal penal boliviano.

Precisamente con relación a la notificación con el primer acto procesal, la SC 0966/2011-R de 22 de junio, expresó que: “La norma adjetiva penal, establece en el art. 163.1, que se notificará personalmente la primera resolución que se dicte respecto de las partes, ello encuentra su justificación en la importancia y efectos que produce. El término utilizado ‘personalmente’, implica que la diligencia debe practicarse solo al interesado y no así a otra persona; es decir, que la notificación y/o citación debe ser efectuada de tal manera que asegure su conocimiento al interesado o destinatario, (denunciado, imputado, acusado, víctima o querellante). Bajo ese razonamiento se pronunció la uniforme jurisprudencia constitucional, al establecer que la notificación o citación no esta dirigida a cumplir una formalidad, sino a asegurar que la determinación o actos procesales sean de conocimiento efectivo del destinatario” (las negrillas son agregadas).

Por su parte, en cuanto a la notificación personal con las sentencias y resoluciones de carácter definitivo, la SC 0871/2005-R de 29 de julio, indicó: “De acuerdo a la problemática planteada es menester precisar que el caso descrito por el art. 163.2 del CPP, se justifica por la necesidad de que las partes asuman conocimiento de las decisiones judiciales cuyo efecto pueda traducirse en la conclusión del proceso, a fin de garantizar el ejercicio de los derechos y garantías reconocidas por la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y el propio Código de procedimiento penal, teniendo en cuenta que de acuerdo a la doctrina y, fundamentalmente, a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional: ‘el debido proceso -entre otros-, consiste en el derecho que tienen los sujetos procesales de acceder a los recursos y medios impugnativos reconocidos por Ley en su favor, desechando rigurosismos o formalismos exagerados, a fin de que se logren los fines prácticos y políticos institucionales del sistema de impugnación, que son los de lograr que el mismo Juez o Tribunal u otro de superior jerarquía, corrija los errores o modifique los fallos y logre la aplicación correcta de la Constitución y las leyes” (SC 1583/2003-R de 10 de noviembre).

En ese entendido, resulta imperioso sentar debidamente las diligencias de notificación, ello con la finalidad de no producir indefensión en las partes, empero, aquella exigencia no es absoluta, pues aunque las diligencias de notificación hubiesen sido errónea o indebidamente practicadas, si cumplen con la finalidad resultarán válidas.

Sobre este punto la SC 1376/2004-R de 25 de agosto, ratificada por la SC 0295/2010-R de 7 de junio, también estableció: “...la sola falta de formalidad en una notificación no implica vulneración al citado derecho, sino que debe demostrarse que con ello se impidió que el interesado hubiera tomado conocimiento material del proceso en su

contra, pues si la notificación aún defectuosa cumplió su objetivo no existe vulneración al derecho a la defensa...” (las negrillas nos pertenecen).

Bajo los antecedentes anotados, es que la SC 0966/2011-R de 22 de junio, concluyó lo siguiente: “...existe vulneración al debido proceso en su elemento defensa, cuando la parte cuyo derecho pudiera ser lesionado con un acto procesal de naturaleza judicial o administrativa, no tomó conocimiento por ningún medio del acto lesivo y no tuvo la oportunidad de impugnarlo. En el supuesto, que la parte, cuyo derecho pudiera ser lesionado tomó conocimiento del acto procesal lesivo, de forma defectuosa, pero aún así se apersonó al proceso judicial o administrativo y asumió defensa, se infiere que no se vulneró el debido proceso en su elemento defensa, pues no se encontraría en estado de indefensión”.

Corresponde ahora establecer la modalidad de comunicación procesal en los casos en los cuales no se pueda efectuar las notificaciones o citaciones en forma personal, en ese entendido, según lo dispuesto por el art. 165 del CPP, la notificación por edicto procede en dos casos: i) Cuando la persona que deba ser notificada no tenga domicilio conocido; y, ii) Se ignore su paradero. En este último caso, el presupuesto se materializa cuando teniéndose conocimiento del domicilio se ignora el paradero de las personas a quienes se debe citar. De igual forma, la misma normativa en la parte final establece que en el edicto se emplazará al imputado para que comparezca a asumir su defensa, dentro del plazo de diez días, con la advertencia de ser declarado rebelde.

Según la SC 1452/2005-R de 11 de noviembre, se determinó que: “...sólo cuando la persona que deba ser notificada no tenga domicilio conocido o se ignore su paradero, la diligencia de notificación se practicará por edictos, a cuyo efecto, el juez a cargo del proceso, deberá constatar que efectivamente no se conoce el domicilio o se ignora su paradero, y sólo después de haberse cerciorado a través de los medios o elementos probatorios idóneos y las actuaciones procesales correspondientes, sobre la concurrencia de uno de los supuestos exigidos en el art. 165 del CPP, podrá determinar la notificación por edictos, emplazando al imputado para que comparezca a asumir su defensa, dentro del plazo de diez días, con la advertencia de ser declarado rebelde, y si pese a su notificación el imputado o procesado no comparece a asumir defensa, podrá ser declarado rebelde como emergencia de su incomparecencia injustificada, expidiéndose al efecto mandamiento de aprehensión, conforme disponen las previsiones contenidas en los arts. 87, 89 y 165 del CPP, normas procesales que al ser de orden público son de cumplimiento obligatorio; su inobservancia implica violación a las normas del debido proceso”.

Ahora bien, efectuada la contextualización anterior, corresponde realizar el contraste entre las normas legales impugnadas y las disposiciones constitucionales que se consideran infringidas.

El art. 36 de la Ley 004, determina que se incluyen en el Código de Procedimiento Penal,- entre otros- los arts. 91 Bis y 344 Bis, según el siguiente texto: Artículo 91 Bis. (Prosecución del Juicio en Rebeldía).

Cuando se declare la rebeldía de un imputado dentro del proceso penal por los delitos establecidos en los Artículos 24, 25 y siguientes de la Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas, el proceso no se suspenderá con respecto del rebelde. El Estado designará un defensor de oficio y el imputado será juzgado en rebeldía, juntamente con los demás imputados presentes.

Artículo 344 Bis. (Procedimiento de Juicio Oral en Rebeldía por Delitos de Corrupción). En caso de constatarse la incomparecencia del imputado por delitos de corrupción, se lo declarará rebelde y se señalará nuevo día de audiencia de juicio oral para su celebración en su ausencia, con la participación de su defensor de oficio, en este caso, se notificará al rebelde con esta resolución mediante edictos”.

Como se puede observar, el art. 91 Bis, introduce la posibilidad de que los procesos penales por los delitos de corrupción y vinculados a ella no se suspendan con respecto al rebelde, pudiendo éste ser juzgado en rebeldía.

Sin embargo, cabe recordar que la declaratoria de rebeldía procede en los supuestos establecidos en el art. 87 del CPP, es decir: a) No comparezca sin causa justificada a una citación de conformidad a lo previsto en este Código; b) Se haya evadido del establecimiento o lugar donde se encontraba detenido; c) No cumpla un mandamiento de aprehensión emitido por autoridad competente; y, d) Se ausente sin licencia del juez o tribunal del lugar asignado para residir.

Ahora bien, conforme a lo precisado en líneas anteriores, tomando en cuenta lo alegado por la accionante respecto a que la no suspensión del proceso por la declaratoria de rebeldía deja al procesado en absoluto estado de indefensión, es necesario dejar claramente establecido que el establecimiento de la incomparecencia de los procesados debe emerger de una causa injustificada a una citación efectuada de conformidad al Código Procesal Penal, pues de estar debidamente justificada la ausencia, continuar el proceso en ausencia vulneraría los arts. 115.II, 117.I y 119.II de la CPE, así como los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del PIDCP, que consagran el debido proceso y el derecho a la defensa.

En ese entendido y conforme a todo lo desarrollado líneas anteriores, se establece que al disponer el art. 91 Bis del CPP, que los procesos penales por los delitos establecidos en los arts. 24, 25 y ss. de la Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas no se suspenderá con respecto al rebelde; no existe contradicción con las normas constitucionales, siempre y cuando, no se haya colocado al procesado en absoluto estado de indefensión, supuesto que se daría en los casos en los cuales no se lo citó ni notificó conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal o que se ausentó como emergencia de una causal debidamente justificada, pues si ha sido citado y notificado correctamente, y no existe otra causa que justifique su incomparecencia aquella se torna en injustificada, y por lo tanto a los fines de cumplir con el mandato constitucional de garantizar una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones de la víctima, deberá ser juzgado en rebeldía juntamente con los demás imputados presentes; sin embargo, precautelando el derecho a la defensa del procesado se deberá designar un defensor de oficio.

Con relación al art. 344 Bis del CPP, dicha norma legal, determina que en caso de constatarse la incomparecencia del imputado por delitos de corrupción en la audiencia de juicio oral se convocará a una nueva audiencia para la celebración de la misma en su ausencia.

De la lectura al párrafo anterior, se tiene que el art. 344 Bis del CPP, introduce como otra causal para la declaratoria de rebeldía del procesado por delitos de corrupción, la incomparecencia a la audiencia de juicio oral; al respecto pueden presentarse tres supuestos: 1) Que el procesado estuvo ausente desde el inicio del proceso a pesar de que fue citado conforme al Código Procedimiento Penal; 2) Que el procesado estuvo presente en las anteriores etapas del proceso pero no compareció a la audiencia de juicio oral de manera injustificada; y, 3) Que el procesado no acudió a la audiencia de juicio oral y justificó su inasistencia.

Con relación al primer supuesto, el entendimiento aplicado para efectuar el test de constitucionalidad con relación al art. 91 Bis del CPP, anteriormente desarrollado resulta también aplicable, en consecuencia, resulta imperioso para determinar la continuidad del proceso penal a pesar de su ausencia, si conoció el proceso penal iniciado en su contra por haberse efectuado la citación o notificación conforme al Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia constitucional, caso en el cual, no se encontrará en un absoluto estado de indefensión y por ello, su ausencia no resulta justificada.

Lo propio ocurre con relación al segundo supuesto, pues al ser injustificada la inasistencia a la audiencia de juicio oral, no resulta coherente la suspensión del proceso, pues el procesado conoce respecto al desarrollo del mismo y lo que se provoca es una dilación indebida que genera la vulneración de los derechos de la víctima e implica evadir la justicia en desmedro también del sistema penal, más aún cuando no existe indefensión.

Al respecto y con relación a ambos supuestos, debe recordarse que el Tribunal Constitucional en la SC 0919/2004-R de 15 de junio, "...ha determinado que no existe indefensión, cuando la persona con pleno conocimiento de la acción iniciada en su contra no interviene en el proceso, o ha dejado de intervenir en él por un acto de su propia voluntad, ya que en esos casos no existe lesión alguna al derecho a la defensa por parte del juzgador, sino que es el procesado como titular del derecho el que por propia voluntad o por dejadez no ejerce el mismo cuando debe hacerlo; así en la SC 287/2003-R, de 11 de marzo, citando jurisprudencia comparada, ha señalado que: 'la indefensión no se produce si la situación en la que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia (...) no se encuentra en una situación de indefensión la persona a quien se ha dado a conocer la existencia del proceso y ha podido intervenir en él, ni aquella otra, que conociéndolo, ha dejado de intervenir en él por un acto de su voluntad...''.

No se tiene olvidar que se debe garantizar la efectividad de las comunicaciones procesales, en cuyo caso y de cumplirse con lo establecido para su validez, no existirá el estado de indefensión absoluto aludido como cargo de inconstitucionalidad por la accionante.

Sin embargo, no ocurre lo propio con relación al tercer supuesto, esto es, cuando el procesado no acudió a la audiencia de juicio oral y justificó su inasistencia, pues de juzgarlo estando ausente a pesar de que justificó debidamente su ausencia, resulta atentatorio a las normas constitucionales invocadas, casos en los cuales deberá suspenderse el juicio oral respecto al procesado que por situaciones debidamente justificadas se encuentra imposibilitado de asumir su derecho a la defensa, debiendo comparecer luego en el plazo prudencial otorgado por el tribunal conforme al art. 88 del CPP, o hasta que desaparezca el motivo justificante, salvo que luego de dicho plazo el impedimento persista.

La interpretación asumida guarda coherencia con lo estipulado en los Tratados y Convenios Internacionales citados por la accionante, pues si bien el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indica en su parte pertinente que:

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”.

También debe considerarse lo dispuesto en el inc. e) del numeral 2 del mismo artículo, que dispone: “...derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley” (las negrillas son añadidas).

Finalmente, corresponde absolver el cargo de inconstitucionalidad contenido en la acción concreta de inconstitucionalidad respecto al art. 37 de la Ley 004, que dispone lo siguiente:

“Artículo 37. (Modificaciones al Código de Procedimiento Penal). Se modifican los artículos 90, 366 y 368 del Código de Procedimiento Penal, según el siguiente texto:

Artículo 90. (Efectos de la Rebeldía). La declaratoria de rebeldía no suspenderá la etapa preparatoria. Cuando sea declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes, excepto en los delitos de corrupción, debiendo proseguirse la acción penal en contra de todos los imputados, estando o no presentes.

La declaratoria de rebeldía interrumpe la prescripción”.

Dado que el argumento utilizado por la accionante para impugnar este precepto legal resulta coincidente con los anteriores (absoluto estado de indefensión), corresponde declarar la constitucionalidad en la parte resolutive de esta sentencia únicamente por el cargo formulado, con los fundamentos ya expuestos que devienen de la interpretación asumida párrafos precedentes y que se sintetiza en que la declaratoria en rebeldía no suspende el proceso salvo que la incomparecencia del procesado por delitos de corrupción o vinculados a ella esté debidamente justificada o se lo hubiese colocado en absoluto estado de indefensión.

Resulta necesario que en el marco del respeto al derecho a la igualdad procesal de las partes y la tutela judicial efectiva, se conciba al proceso penal en una doble dimensión que abarque no sólo a los derechos de los imputados o procesados, sino también garantice el cumplimiento y respeto de los derechos que le asisten a la víctima, por lo que no resulta proporcional que se posibilite la suspensión de un proceso en

desmedro de la víctima por una actitud negligente del procesado que no asume con el grado de responsabilidad que corresponde el proceso iniciado en su contra por haberse de forma voluntaria ausentado. Salvando claro está las excepciones que se encuentran sistematizadas en el párrafo anterior.

III.4.3. Respecto a los arts. 24 y 34 de la Ley 004

La defensora de oficio, también señala que el art. 24 de la Ley 004, vulnera el principio de legalidad penal en sus elementos esenciales de tipicidad y taxatividad, pues califica como delito de corrupción el contenido en el “segundo párrafo” del art. 154 del CP, sin considerar que este artículo no tiene segundo párrafo, creando un tipo penal de corrupción sin describir el comportamiento antijurídico generando una norma penal en blanco.

Luego expresa que el segundo párrafo del mismo art. 24 de la Ley 004, define como delito vinculado a la corrupción el contenido en el art. 154 del CP, con lo que se complica aún más la creación de la norma penal en blanco, debido a que se lo define tanto como delito de corrupción como delito vinculado a la corrupción generando una cláusula abierta que produce incertidumbre e inseguridad en la persona inculpada.

Determinados los supuestos a resolver en este punto, resulta menester recordar que el objeto de la Ley 004 según su art. 1, es la de “...establecer mecanismos, y procedimientos en el marco de la Constitución Política del Estado, leyes, tratados y convenciones internacionales, destinados a prevenir, investigar, procesar y sancionar actos de corrupción cometidos por servidoras y servidores públicos y ex servidoras y ex servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, y personas naturales o jurídicas y representantes legales de personas jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras que comprometan o afecten recursos del Estado, así como recuperar el patrimonio afectado del Estado a través de los órganos jurisdiccionales competentes”. Siendo la finalidad de la citada norma por determinación de su art. 3, “...la prevención, acabar con la impunidad en hechos de corrupción y la efectiva lucha contra la corrupción, recuperación y protección del patrimonio del Estado, con la participación activa de las entidades públicas, privadas y la sociedad civil”.

A los fines de cumplir con el objeto y la finalidad trazada en la propia Ley 004, se crean a través de ella nuevos tipos penales (art. 25) y se sistematiza los delitos de corrupción y los vinculados con corrupción (art. 24). Sobre este punto y para ingresar en materia, corresponde efectuar un análisis de la configuración del art. 154 (incumplimiento de deberes) del CP, con la modificación introducida por el art. 34 de la Ley 004, así tenemos:

“Artículo 154. (Incumplimiento de Deberes). La servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare un acto propio de sus funciones, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años.

La pena será agravada en un tercio, cuando el delito ocasione daño económico al Estado”.

Reflejada la configuración actual del precepto legal citado, corresponde determinar a partir de una revisión a la normativa impugnada (arts. 24 y 34 de la Ley 004), si dicho delito constituye un delito de corrupción, en su caso, constituye un delito vinculado a los delitos de corrupción, o ambos.

Al efecto, tomando en cuenta que la defensora de oficio señala que el art. 24 de la Ley 004, vulnera el principio de legalidad penal en sus elementos esenciales de la tipicidad y taxatividad, por calificar como delito de corrupción el contenido en el “segundo párrafo” del art. 154 del CP, sin considerar que este artículo no tiene segundo párrafo, creando un tipo penal de corrupción sin describir el comportamiento antijurídico generando una norma penal en blanco; resulta necesario señalar que el antedicho art. 24, refiere al art. 154 del CP, modificado por el art. 34 de la Ley 004, que también es impugnado por la accionante; en ese sentido, una vez analizada la configuración de dicha norma, no es evidente que esta disposición legal no cuente con un segundo párrafo, pues éste es el resultado de la modificación introducida por el art. 34 de la Ley 004, sin embargo a pesar de la deficiencia argumentativa descrita en ejercicio de las labores propias del control de constitucionalidad, corresponde realizar el juicio de constitucionalidad del segundo párrafo del art. 154 del CP, en relación a los arts. 24 y 34 de la Ley 004, a la luz del principio de legalidad invocado reiteradamente por la demandante del antes incidente de inconstitucionalidad y ahora acción concreta de inconstitucionalidad.

Con esa finalidad y con la premisa de despejar toda duda en la accionante, corresponde determinar si el delito de incumplimiento de deberes constituye un delito de corrupción o vinculado a corrupción; así por simple exclusión, se tiene que no constituye un nuevo tipo penal creado por la Ley 004, ya que el mismo no se encuentra contemplado dentro de los tipos penales establecidos en el art. 25 de dicha norma legal.

La sistematización de los delitos de corrupción y los vinculados a estos se encuentran en el art. 24 de la Ley 004, el mismo en su primer párrafo establece como delito de corrupción el “párrafo segundo” del art. 154 del CP. Mientras que en el segundo párrafo del citado art. 24, se contempla como delito vinculado con corrupción el contenido en el art. 154 del CP.

Así, en aplicación de la norma contenida en el primer párrafo del art. 24 de la Ley 004, tenemos que no existe tipo penal alguno en el “párrafo segundo”, pues el mismo ya se encuentra definido en el primer párrafo del art. 154 del CP, constituyendo el segundo párrafo en una agravante para dicho delito cuando el mismo ocasione un daño económico al Estado, la cual que es introducida como emergencia de lo dispuesto en el art. 34 de la Ley 004.

Ahora bien, efectuando una interpretación sistemática y en mérito al principio de concordancia práctica con relación a los arts. 24 y 34 de la Ley 004, tenemos:

El incumplimiento de deberes constituye en un delito vinculado a corrupción.

Empero, merced al contenido del segundo párrafo del art. 154 del CP, en aquellos supuestos en los que los elementos del tipo que se encuentran contenidos en el primer párrafo de este artículo y exista una conducta dolosa en el incumplimiento de deberes de ocasionar un daño económico al Estado, se constituye en un delito de corrupción (art. 13 quáter del CP).

En consecuencia, tampoco resulta evidente que se hubiese introducido una norma penal en blanco ni tampoco se infringió el principio de taxatividad que exige que las leyes sean claras, precisas y sencillas con la finalidad de dotar de seguridad jurídica a los miembros de una sociedad, pues el art. 154 del CP, contiene en su primer párrafo los elementos esenciales de la conducta considerada delictiva, es decir, que el núcleo esencial de la conducta punible está descrito en la ley penal.

Ahora bien, con relación a la denuncia relativa a que el art. 34 de la misma Ley, al agravar la pena para el delito de incumplimiento de deberes, vulnera el principio de legalidad penal, tampoco resulta evidente, ello debido básicamente a que si bien a través de la reforma introducida se agravó la pena para el delito de incumplimiento de deberes, dicha norma también deberá aplicarse por los jueces y tribunales penales conforme a los criterios establecidos en el Fundamento Jurídico III.4.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, por lo que corresponde declarar su constitucionalidad a dicho cargo.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Plena; en virtud a la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el art. 7 inc. 1) y 54 y ss. de la LTCP, en revisión resuelve:

1° Declarar la CONSTITUCIONALIDAD de la Disposición Final Primera, siempre y cuando se interprete conforme a los criterios expuestos en el Fundamento Jurídico III.4.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional.

2° Declarar la CONSTITUCIONALIDAD de los arts. 36 y 37 de la Ley 004, en el sentido de que no se suspenderá el proceso por delitos de corrupción o vinculados a ella en su etapa de juicio, excepto en los casos en los que exista causa justificada para la incomparecencia del imputado o procesado o se le hubiese colocado en absoluto estado de indefensión, interpretación ante la cual la norma no resulta contraria a los valores y normas constitucionales;

3° Declarar la CONSTITUCIONALIDAD de los arts. 24 y 34 de la Ley 004, únicamente respecto al cargo de inconstitucionalidad expuesto en la acción de inconstitucionalidad concreta.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

La Magistrada Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños, no interviene por ser de voto disidente.

Fdo. Dr. Ruddy José Flores Monterrey
PRESIDENTE

Fdo. Dra. Neldy Virginia Andrade Martínez
MAGISTRADA

Fdo. Efren Choque Capuma
MAGISTRADO

Fdo. Soraida Rosario Cháñez Chire
MAGISTRADA

Fdo. Tata Gualberto Cusi Mamani
MAGISTRADO

Fdo. Dra. Mirtha Camacho Quiroga
MAGISTRADA