

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS



TESIS DE GRADO
(Tesis para optar el grado de licenciatura en derecho)

**“TRATAMIENTO JURIDICO LEGAL DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO
ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS”**

Postulante: Pamela Patricia Salinas Sanchez
Tutor: Dr. Marco Antonio Saavedra Mogro

La Paz – Bolivia

2022

DEDICATORIA

La presente tesis de grado que hoy alcanzo se la dedico a Dios ya que gracias a Él quien ha dirigido mi vida y por Él he logrado concluir mi carrera.

A mi familia quienes con sus palabras y aliento fueron siempre benefactores de importancia inimaginable.

A mi hija Alexia quien es la motivación más grande para conducir con éxito cada parte de mi vida

Gracias a todos.

AGRADECIMIENTOS

He alcanzado con paso firme una meta del camino que comenzó años atrás con el fin de fructificar este trayecto he necesitado de estímulos y motivación para culminar esta investigación que se manifiesta con todas los sabios consejos y oportunos observaciones y aportes de mi tutor de tesis Dr. Marco Antonio Saavedra Mogro y la prestigiosa Casa Superior de Estudios: facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés que me acogió como estudiante

Fue necesario así mismo el apoyo manifiesto de muchas personas, quisiera mencionar las siguientes. A mis padres Freddy Salinas y Jannette Sanchez y hermanos Andrea y Freddy a quienes no puedo agradecerles con justicia toda su dedicación, amor y confianza en este prolongado propósito que en tiempo preciso alcanzo.

A mi esposo Rodrigo por haberme acompañado en esta travesía para alcanzar una meta más.

A mi amada hija Alexia por ser el motor y fuente de motivación que me inspira cada día para ser mejor.

RESUMEN ABSTRACT

La presente tesis tiene el objetivo de analizar el tratamiento jurídico del delito de enriquecimiento ilícito en la legislación boliviana tomando en cuenta la normativa internacional la constitución y los principios fundamentales del derecho Penal con el propósito de prevenir y combatir la corrupción, por otro lado analizar los elementos que devienen de la definición normativa del delito de enriquecimiento ilícito analizando los principales elementos, los sujetos y el tratamiento especial de algunos funcionarios públicos, la terminología que describe el delito como: incremento desproporcional del patrimonio y la no justificación de este incremento por parte del funcionario público. Así mismo la recuperación de activos obtenidos de este delito constituye uno de los objetivos que pretende contribuir a la erradicación de la impunidad es decir que se atribuyan conforme a derecho las responsabilidades penales y que se cumplan las condenas que correspondan en base a la gravedad de la afectación del hecho cometido y que el producto de la ilegalidad sea recuperado y asignado nuevamente a los fines públicos.

..

INDICE

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS	1
DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTOS.....	4
RESUMEN ABSTRACT	5
CAPITULO I.....	14
DISEÑO METODOLÓGICO	14
1. ENUNCIADO DEL TÍTULO DEL TEMA.....	14
2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	14
3. PROBLEMATIZACIÓN	16
4. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	16
4.1. Delimitación temática	16
4.2. Delimitación temporal.....	17
4.3. Delimitación espacial.....	17
5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA DE TESIS	17
6.1. Objetivo general	18
6.2. Objetivos Específicos	18
7. MARCOS DE REFERENCIA	19
7.1. Marco histórico.....	19
7.1.1. Su planteamiento en los países de la Unión Europea.	21
7.1.2. Su planteamiento en los países de América Latina.-.....	22
7.2. Marco Teórico.....	23
7.3. Marco Conceptual	25
7.3.1. Delito.	25
7.3.2. Corrupción.	25
7.3.3. Enriquecimiento Ilícito.....	26
7.3.4. Pena.	26
7.3.5. Bien Jurídico Protegido.....	26

7.3.6. Recursos económicos.....	27
7.3.7. Servidor Público.....	27
7.4. Marco Jurídico.....	27
8. HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	29
8.1. Variables.....	29
8.1.1. Variable Independiente.....	29
8.1.2. Variable Dependiente.....	29
8.2. Nexos lógicos.....	29
8.3. Unidades de Análisis.....	29
9. MÉTODOS Y TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS.....	30
9.1. Métodos generales.....	30
9.2. Métodos específicos.....	30
9.2.1. Método de análisis y síntesis.....	30
9.2.2. Método Dialéctico.....	30
9.2.3. Método Cualitativo.....	30
9.2.4. Método Deductivo.....	30
9.2.5. Método Exegético.....	30
9.2.6. Método Comparativo.....	31
9.3. Técnicas utilizadas en la Investigación.....	31
9.3.1. Diseño Bibliográfico.....	31
9.3.2. Técnica bibliográfica.....	31

9. 3. 4. Técnica de encuestas	31
9. 3. 5. Diseño de campo	31
9. 3. 6. Población y muestra	31
9. 4. Técnicas e Instrumentos	32
9. 4. 1. Análisis de documentos:.....	32
9. 4. 2. Recolección de Información	32
9. 4. 3. Instrumentos técnicos	33
DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA DE LA TESIS	34
INTRODUCCION	34
Capítulo I.....	37
ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN	37
1. CORRUPCIÓN	39
2. ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN.	39
2.1. Transgresión de un deber.....	39
2.2. Diferenciación de los sujetos dentro los actos corruptos.	40
2.3. La expectativa de recibir beneficios patrimoniales.....	40
2.4. Secreto.....	40
3. LA CORRUPCIÓN PÚBLICA.	41
4. EL COSTO – BENEFICIO DE CORROMPERSE.....	43
5. LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO	44
5.1. Deben ser cometidos en el ejercicio de una profesión o cargo.	45
6. POSIBLES CAUSAS QUE FAVORECEN A LA CORRUPCIÓN.	45
6.1. Debilitamiento de la conciencia social	46
6.2. La ineficiencia legal de la función pública.	46
6.3. Respecto a los derechos de los funcionarios públicos.	46
6.4. Debilitamiento normativo del funcionario público	47
7. EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN.....	47

7.1	Positivos.....	47
7.2.	Negativos.....	48
8.	POSIBLE SOLUCIÓN PARA CONTRARRESTAR LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	48
	CAPITULO II.....	50
	OBJETO DE TUTELA JURIDICO PENAL – LA FUNCIÓN PÚBLICA	50
1.	ASPECTOS GENERALES.....	50
2.	FUNCIÓN PÚBLICA.....	51
3.	ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	53
3.1.	Función pública objetiva.....	53
3.1.1.	Elementos.....	53
3.2.	Función Pública subjetiva.....	55
3.2.1.	Elementos.....	56
4.	EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	60
4.1.	El bien jurídico.....	60
4.2.	Las funciones del bien jurídico penal.....	61
4.2.1.	Función de garantía.....	61
4.2.2.	Función de legitimación.....	62
4.2.3.	Función teleológica o dogmática.....	62
4.2.4.	Función sistemática.....	63
4.3.	Concepto material de bien jurídico.....	63
4.4.	La función pública como bien jurídico penal y su protección.....	63
4.5.	Aspecto tutelado del bien jurídico por los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas.....	64
5.	DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.....	64
6.	CRITICAS A LA TÉCNICA DE DELITO PENAL ABSTRACTO.....	65
7.	PROPUESTAS DE LEGITIMACIÓN DE ESTA CLASE DE DELITOS.....	65
7.1.	Demostración judicial de la peligrosidad de la acción.....	66

7.2. Principio de lesividad	66
CAPITULO III	68
MECANISMOS DE CONTROL JURÍDICO –ADMINISTRATIVO PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA CON EL OBJETIVO DE NEUTRALIZAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	68
2. POLÍTICAS SOCIALES IMPLEMENTADAS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN BOLIVIA.	68
3. MEDIOS DE CONTROL PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO BOLIVIANO.....	69
3.1. Régimen legal de la función pública en Bolivia	69
3.2. La Contraloría General del Estado	71
3.2.1. La declaración jurada de bienes y rentas.	72
3.2.2. El registro de las declaraciones juradas.	75
4. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA BOLIVIANA.	76
4.1. Faltas y sanciones Administrativas previstas en la Ley del Funcionario Público y la Ley de Administración y Control Gubernamentales (SAFCO).....	77
4.2. El sumario administrativo.....	78
5. VALORACIÓN DE LOS ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL SISTEMA ADMINISTRATIVO BOLIVIANO RESPECTO A LOS MECANISMOS PREVENTIVOS CONTRA LOS HECHOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA Y LOS DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.....	80
Capítulo IV	81
1. ESTRUCTURA NORMATIVA.	82
1.1. La ley SAFCO, Ley de Administración y Control Gubernamental, Nº 1178.	82
Misma que fue	82
1.2. Ley de Modificación al Código Penal	83
1.3. Régimen Administrativo de la Legitimación de Ganancias Ilícitas.	83
1.4. Ley del Estatuto del Funcionario Público.	83
1.5. Ley de Procedimiento Administrativo.	84
1.6. Estructura de la Organización para la Lucha contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito	84

La Unidad de Inteligencia Financiera y Patrimonial.	85
1. 7. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.....	86
1. 9. Política Nacional de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, PNTLC.....	87
1.10. Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, Ley Nº 004 La ley Marcelo Quiroga Santa Cruz	87
1.11. Ley de Participación y Control Social.....	89
1.12. Ley de Unidades y Transparencia y Lucha contra la Corrupción, Ley Nº 974.	90
1.13. Reglamento de la Unidad de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, Resolución Administrativa Nº ASFI/7/2018.....	90
2. EXCENCIÓN DE LOS DELITOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA	91
2.1. Etapa Preparatoria.....	93
2.2. El juicio oral	94
3. LA INCLUSIÓN EN EL CODIGO PENAL DEL TÉRMINO ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	95
4. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEY Nº 004/2010.	96
5. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA TUTELA JURÍDICA EN EL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	98
6. CONFIGURACIÓN DEL TIPO DE INJUSTO.	100
6.1. El sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito	101
6.1.1. El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial propio.....	102
6.1.2. El concepto de funcionario público dispuesto en los tipos penales de la legislación Boliviana.....	103
6.2. Acción punible	104
6.3. Los elementos descriptivos de las modalidades de enriquecimiento positivo y negativo.	104
6.4. Comportamientos que se consideran típicos en los delitos de enriquecimiento ilícito.	105
6.5. La ilicitud del enriquecimiento ilícito.	106
6.6. El método para determinar el enriquecimiento ilícito.....	106

6.7.	La entidad del enriquecimiento.....	107
6.8.	El enriquecimiento ilícito y su justificación como condición objetiva de punibilidad. 109	
Capítulo V	112
EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO RESPECTO A LA PARTE GENERAL DE LA TEORIA DEL DELITO, SU ENFOQUE CARANTISTA PENAL Y CONSTITUCIONALIDAD		
		112
1.	EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO «DELITO DE RESULTADO CON CAUSALIDAD PRESUNTA».....	112
1.1.	Autoría y Complicidad.	113
1.2.	La complicidad.	114
1.3.	La participación en el delito de enriquecimiento ilícito: instigación y complicidad.	114
2.	APLICACIÓN DEL ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	117
3.	TIPO PENAL Y LAS CONSECUENCIAS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.	118
4.	CONSTITUCIONALIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.....	121
4.1.	Principios del derecho Vulnerados:.....	122
4.1.1.	El delito de enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia:.....	122
CAPITULO VI	125
EL DECOMISO COMO MECANISMO PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO		
		125
1.	CONCEPTUALIZACIÓN DEL DECOMISO CIVIL.....	126
1.1.	Responsabilidad del Funcionario Público	126
1.2.	Reparación del Daño Social	127
1.3.	Decomiso civil	128
2.	LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL.....	128
3.1.	Recuperación de activos de origen ilícito en Perú	130
3.2.	Recuperación de activos brasileña	131
3.3.	Enseñanzas para Bolivia.....	132

4.	EL DECOMISO Y LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN BOLIVIA EN EL PROCESO PENAL.	133
4.	Mecanismos de recuperación de activos en el estado Plurinacional de Bolivia	135
4.1.	El decomiso en el código Penal Boliviano	135
4.2.	Objeto del decomiso.-	136
4.3.	Sujeto Activo.....	137
4.4.	Sujeto Pasivo.....	137
4.5.	Sentencia condenatoria ejecutoriada	138
4.6.	Juicio en rebeldía	139
4.7.	Medidas cautelares sobre bienes	139
4.7.1.	Secuestro de bienes.....	140
4.8.	Disposición de los bienes sujetos a decomiso.....	140
5.	PERSPECTIVAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL DECOMISO CIVIL EN BOLIVIA.....	141
5.1.	Reparación Del Daño en casos de Corrupción:	141
5.2.	Decomiso Civil como mecanismo para la reparación del daño en Bolivia:.....	141
	CAPÍTULO VII.....	143
	MARCO PRÁCTICO	143
1.	ENCUESTA.....	145
2.	RESULTADOS:.....	146
	CONCLUSIONES	154
	BIBLIOGRAFÍA	157

CAPITULO I
DISEÑO METODOLÓGICO

1. ENUNCIADO DEL TÍTULO DEL TEMA.

**“TRATAMIENTO JURIDICO LEGAL DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA
FUNCIÓN PÚBLICA Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS”**

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La Administración Pública ha sido y es una institución importante puesto que cumple una función social con el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales y constitucionales del individuo y la satisfacción de necesidades públicas del conjunto de los ciudadanos establecido en la Constitución en el artículo 232, no obstante existe desde tiempos inmemorables un fenómeno que afecta la sociedad y la estructura del Estado: la corrupción con implicancias jurídicas, económicas e institucionales que repercuten de forma negativa en la sociedad democrática impidiendo el adecuado y correcto desenvolvimiento de la políticas públicas del Estado, afectando de manera directa a la función pública donde el funcionario público abusa del poder del cargo que ocupa, desviándose de sus deberes a cambio de ventajas personales poniendo en peligro las bases del Estado social y democrático de derecho puesto que obstaculiza a los intereses generales anteponiendo los propios o individuales. Es en este contexto que los Estados y específicamente nuestro país busca controlar la actividad de los funcionarios públicos mediante la regulación de tipos penales relativamente nuevos bajo la consigna de “lucha contra la corrupción” dentro del cual se establece el objeto de estudio – el delito de enriquecimiento ilícito- el cual es un elemento de la corrupción en Bolivia y que favorece a quienes lo cometen de forma que ostentan una calidad de vida mediante frutos obtenidos de un ilícito. De esta forma los ciudadanos sienten la desestimación del esfuerzo de buscar sustento legal en contraposición a la obtención de riquezas conseguidas de forma fácil y retenidas por quienes infringen la ley. Es de esta manera que estos hechos producen un sentimiento de inseguridad por la incapacidad de la administración de justicia para aclarar y descubrir estos hechos ilícitos., por lo que el legislador boliviano decidió recurrir a la creación de un nuevo tipo penal el cual incrimina un hecho fácil de probar y que hace presumir la comisión de un delito en ejercicio del cargo público cuyo núcleo central es el acrecentamiento excesivo del patrimonio y que además es injustificado. Art. 27. de

la Ley No. 004: “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; tomando en cuenta que en este tipo de delito el sujeto pasivo es el Estado boliviano, y en el sentido estricto la administración pública” En base a esta normativa se puede evidenciar que el enriquecimiento ilícito se produce el momento en que el funcionario ejerce el cargo en una institución pública y obtiene ingresos desproporcionados en relación a sus ingresos legítimos los cuales pueden provenir de dadas o aprovechamientos ilegales que no los puede justificar, el hecho de exigir al funcionario público que justifique el origen lícito de su patrimonio para liberarse de la pena presenta deficiencias sobre todo vulnera importantes derechos constitucionales como la presunción de inocencia, el derecho de no declarar contra sí mismo, y el invertir la carga de la prueba sobre el imputado y la irretroactividad de la norma..

Es por ello que en el planteamiento de la presente propuesta de investigación se considera importante el análisis jurídico-penal de la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito vigente en la legislación Boliviana con el fin de determinar, identificar y establecer el contenido de los elementos que describen al tipo penal de enriquecimiento ilícito, como también sus implicaciones con los demás presupuestos de la teoría del delito y los efectos que produce el delito de enriquecimiento ilícito en los principios penales sustantivos, procesales, y el estudio sobre su constitucionalidad a fin de realizar desde esa perspectiva un análisis crítico en base a aspectos relevantes de alcance jurídico, político y social como el estudio fenomenológico de la corrupción en estos ámbitos.

Por otro lado la figura del delito de enriquecimiento ilícito en un Estado democrático de derecho no solamente debe limitarse a incrementar la pena privativa de libertad la cual solo demuestra la ineficacia del sistema puesto que resuelve un conflicto a través de la potestad sancionadora del Estado sino que debe buscar y utilizar mecanismos efectivos mediante otras áreas del derecho como el área civil que permita lograr la restitución de los activos obtenidos indebidamente en favor de la sociedad en su conjunto de modo que proporcione a la sociedad credibilidad y confianza en el Estado y sus instituciones, es en este sentido que es propósito de la presente tesis realizar un estudio acerca de este tipo penal con un enfoque jurídico penal dentro del ámbito Constitucional, con la finalidad de proponer la implementación de la modificación a la norma penal de enriquecimiento ilícito y proponer también una normativa jurídica tendiente a la Recuperación

de Bienes Ilícitamente Obtenidos incorporando al derecho interno mecanismos que permitan utilizar la decomiso civil, como herramienta para la recuperación de activos en favor del Estado y la habilitación de estos bienes para la reparación del daño patrimonial causado, incorporando sanciones civiles de carácter económico respetando el debido proceso y las garantías constitucionales.

3. PROBLEMATIZACIÓN

La presente investigación implica un análisis de las normas jurídico penales y procedimentales que regulan las acciones sobre la persecución penal de los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública en el marco de la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, de lucha contra la corrupción y enriquecimiento ilícito.

En consecuencia a la problemática identificada, surgen las preguntas que coadyuvan para su análisis:

¿Cómo se define el delito de enriquecimiento ilícito?

¿Cuáles son sus características y sus elementos?

¿Cuál es el bien jurídico tutelado?

¿Existe vulneración de principios constitucionales dentro de la descripción del tipo penal de enriquecimiento ilícito?

¿Existe una colusión entre lo jurídico, lo político para la impunidad de los corruptos?

¿Es suficiente a Ley No. 004 en la lucha contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito o es que necesita una actualización?

¿Es necesaria la incorporación de una ley dedicada expresamente a recuperación de activos a favor del Estado Boliviano?

4. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Delimitación temática

Temáticamente la investigación está circunscrito dentro del Derecho Penal y la Investigación criminal, específicamente dentro de los delitos contra la función pública, dentro los fundamentos teóricos, jurídicos, facticos y empíricos del delito de Enriquecimiento Ilícito y la Ley No. 004 Marcelo Quiroga Santa Cruz de Lucha contra la corrupción.

4.2. Delimitación temporal

La investigación se delimito el objeto de estudio durante la gestión 2010 - 2022, periodo de implementación y modificación de la Ley No. 004.

4.3. Delimitación espacial

El trabajo de investigación se delimitará geográficamente en la ciudad de La Paz, sin embargo tendrá alcance dentro de toda la jurisdicción de la República de Bolivia.

5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA DE TESIS

La corrupción es actualmente un fenómeno político, social y económico que impregna todas las acciones de la sociedad, su importancia indudable, ya que el delito de enriquecimiento ilícito constituye un tema coyuntural en el contexto de los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas y la recuperación de activos que fue alcanzado en estos últimos años un interesante debate en los países latinoamericanos sobre su constitucionalidad y como instrumento jurídico contra la corrupción. La presente investigación se centra en el delito de enriquecimiento ilícito contenido en la Ley No. 004/2010 Ley de Lucha Contra la corrupción y el enriquecimiento Ilícito, el tratamiento jurídico del delito de enriquecimiento ilícito desde el ámbito de la legislación boliviana se justifica en los siguientes motivos. En primer lugar, realizar un análisis respecto a la constitucionalidad respecto sobre el delito de enriquecimiento ilícito dentro de nuestro marco legal basados en una comparación crítica entre la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito previsto en la Ley N° 004 del año 2010 y el modelo penal contenido siendo necesario para una la aplicación eficaz de toda normativa que se enmarque en los derechos y garantías fundamentales, reconocidos por la Constitución Política del Estado Plurinacional Boliviano, como son: el principio y garantía del debido proceso, el derecho a la presunción de inocencia y es deber del Estado la protección de los mismos siendo evidente que toda norma contraria conmina a las autoridades jurisdiccionales competentes determinar su accionar encuadrándose a la primacía de la Ley determinada por la pirámide de Kelsen.

Para finalizar no es menos importante lo que se busca mediante este estudio es identificar mecanismos para la recuperación de activos producto de la corrupción, como también la atribución de responsabilidades penales de los autores y partícipes de los delitos de enriquecimiento ilícito, convencidos que se requiere una modernización del derecho penal por lo que se hace necesario analizar el delito de enriquecimiento ilícito de la ley 004 y sugerir las modificaciones pertinentes para enmarcarlos dentro de la constitucionalidad y el debido proceso

para posteriormente ser complementado con mecanismos de recuperación de activos propuesto para la reparación del daño patrimonial social sobre los bienes producto de estos delitos dentro la función pública conforme a los estándares probatorios del procedimiento civil que busca determinar el carácter legítimo o ilegítimo por el cual se atribuye la propiedad.

6. OBJETIVOS DEL TEMA DE TESIS

Se han identificado dos tipos de objetivos para la elaboración de la presente tesis; uno de carácter general el cual fundamenta los resultados de la presente tesis y otros y de carácter secundario que permitieron su desarrollo en los capítulos.

6.1. *Objetivo general*

Analizar el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 27 de la Ley No 004 Marcelo Quiroga Santa Cruz para demostrar mediante fundamentos jurídico penales la necesidad establecer modificaciones para un adecuado y correcto tratamiento del delito de enriquecimiento ilícito con la finalidad de evitar la vulneración de principios y garantías constitucionales y del debido proceso como son: la presunción de inocencia, derecho a no declarar contra sí mismo, la inversión de la carga de la prueba. Además de demostrar la necesidad de implementar normativa que se enfoque en la reparación del daño patrimonial a fin de recuperar los bienes del Estado, proponiendo la incorporación al derecho interno de mecanismo de decomiso civil de activos y bienes producto de delitos de enriquecimiento ilícito.

6.2. *Objetivos Específicos*

A fin de proceder con el desarrollo y alcance del objetivo general de la presente tesis, se han esbozado los siguientes objetivos específicos:

- Determinar el concepto de corrupción, sus formas, elementos, causas, efectos, con el fin de comprender las conductas descritas en el tipo penal de enriquecimiento ilícito.
- Análisis jurídico del delito de enriquecimiento ilícito, describir las características, los elementos constitutivos.
- Analizan los antecedentes nacionales de esta figura penal que incorporan la intención de reforma y actualización de la legislación jurídico-penal en materia de prevenir y sancionar el delito de enriquecimientos patrimoniales injustificados de los miembros de la función pública.

- Examinar la interpretación de los elementos objetivos del tipo penal de enriquecimiento ilícito con respecto a diversas instituciones de la teoría del delito.
- El estudio sobre la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito precepto penal y la recuperación de activos.
- Proponer la adecuación de la legislación boliviana del delito de enriquecimiento ilícito
- Proponer una norma enfocada en la recuperación de activos provenientes de este delito.

7. MARCOS DE REFERENCIA

7.1. Marco histórico

Durante las últimas décadas la penalización de los enriquecimientos ilícitos de los trabajadores dentro la función pública ha ido evolucionando y creciendo haciéndose necesario hacer un análisis de los antecedentes históricos. En un inicio nos referimos al derecho romano al *crimen repetundarum* que fue considerado en la *Lex Iulia repetundarum* cuya finalidad era la recuperación de un monto de dinero u objeto que fue otorgado contrariamente a la norma a un funcionario público¹. A inicios de los siglos en roma la corrupción y sus prácticas dentro la función pública eran casi nulas puesto que existía una gran vigilancia por parte del senado y tribunos esto junto a la duración breve de los cargos y las leyes severas reflejadas en la ley de las XII Tablas donde se castigaba con la pena de muerte a todo juez que habiendo sido nombrado para juzgar un negocio, recibiese a cambio dinero de alguna de las partes para favorecerle². Todo este sistema de manejo de las normas cambio el momento en que roma se expande territorialmente en provincias a las cuales eran enviados nuevos y numerosos funcionarios que reunían en una sola persona los poderes de las magistraturas de la metrópoli militar Romana, es decir administraban la justicia y finanzas además ejercían el gobierno, por la lejanía de estas provincias del control del senado y tribunos estos funcionarios empezaron a ejercer abuso de poder contra los pueblos que estaban sometidos a su jurisdicción³ y en consecuencia fue sancionada la *Lex Calpurnia de Repetundis del año 149 a.c. que tipificaba las conductas que constituían apropiaciones ilícitas y extorsiones realizadas por los magistrados romanos en perjuicio de los pueblos aliados o sometidos al dominio de Roma. Esta ley estableció un Derecho penal regular y una clasificación de los delitos que se referían a los asuntos repetundarum pecuniarum, y en ese sentido SUMNER MAINE sostiene que el verdadero derecho criminal romano no había nacido*

¹ FERRUCCIO FALCHI, Giuseppino. *Diritto penale romano*. Editor R. Zannoni. Padova. Año 1932. pág. 179.

² Tabla 9na. Norma N° 3.

³ IZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública*. op. cit. pág. 6.

*hasta que fue sancionada la Lex Calpurnia en el año 149 a.c., pero su importancia grande y duradera fue la de introducir en el derecho procesal de la época una doble innovación, la instauración de la primera quaestio perpetua y el procedimiento de la pecuniae repetundae*⁴

En segundo lugar podemos citar los Reinos de las Indias que tuvieron una gran influencia sobre el derecho positivo Latinoamericano y Boliviano en particular referente a las instituciones y medidas que fueron destinadas a la prevención del los delitos de enriquecimiento ilícito de altos funcionarios como alcaldes, gobernantes quienes ejercían funciones dentro de los territorios que pertenecían al Reino de España. ZORRAQUIN BECÚ describe que aunque existían normas y leyes generales que determinaban los deberes, obligaciones y funciones para la corona específicamente destinados a la imparcialidad no pudiendo por citar ejemplos; casarse sin licencia, nombrar parientes hasta el cuarto grado , negociar ni servirse de los indios), todas estas leyes no fueron suficientes para impedir ilícitos en la función pública esencialmente en el Rio de la Plata donde el comercio y abuso de los habitantes a su cargo eran utilizados para enriquecerse indebidamente⁵, en especial, a través de la ley dictada el 5 de diciembre de 1622 por el Rey Felipe IV que expresaba: *ordenamos y mandamos, que los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores no sean admitidos al uso y ejercicio de sus oficios, si no presentaren el inventario de todos los bienes, y hacienda que tuvieren al tiempo que nos les hiciéramos merced, y los que se hallaren en las Indias le hagan y presenten ante las Audiencias Reales del Distrito, guardando la ley*⁶.

La norma legal descrita es un antecedente de la declaración jurada de bienes y rentas como obligación del deber del funcionario público y de cualquier bien adquirido en las Indias debiera se inventariado y presentado ante la Audiencia Real del Distrito correspondiente al que ejercía su cargo previsto y establecido en la mencionada ley.

Posterior a estos antecedentes descritos existe una referencia muchos años después durante la primera parte del Siglo XX, momento en el cual surgen intentos legislativos con el objetivo de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito en algunos países del mundo.

7.1.1. Su planteamiento en los países de la Unión Europea.

En los países de la Unión europea tomando en cuenta también su política criminal se utilizo el incremento excesivo e injustificado en diferentes ámbitos y delitos como terrorismo, crimen organizado, blanqueo de capitales y recuperación de bienes y activos obtenidos ilícitamente

⁴ SUMNER MAINE, Henry. *El derecho antiguo. Parte general*. Traducido por Gumersindo Azcárate. Madrid. Año 1893. Pág. 112

⁵ MOMMSEN, Teodoro. *El Derecho penal romano*. Traducido por Pedro Dorado. Editorial La España Moderna. Madrid. Año 1902. pág. 211

⁶ MARILUZ URQUIJO, José María. *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*. Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla. Año 1952. pág. 3

mediante actividades ilícitas usando como mecanismo el comiso ampliado que dentro del ámbito procesal se constituye un indicio de la comisión de ciertos delitos o hechos criminales.

Uno de los países que ha criminalizado como indicio el incremento injustificado de bienes o patrimonio es Francia que dentro del Derecho Penal desde 1960 en art. 334 del viejo código penal francés consideraba proxeneta al que *“teniendo relaciones habituales con una o más personas dedicadas a la prostitución, no pudiera justificar los recursos correspondientes a su tren de vida”*⁷. En la actualidad puede apreciarse que se incrimina el excesivo incremento patrimonial injustificado de una persona que se presume puede realizar diferentes actividades delictivas, pero el delito de Enriquecimiento Ilícito sólo tipifica el mero incremento patrimonial injustificado.

Por otro lado Portugal, se presentó una propuesta legislativa con el propósito de permitir la represión penal basada en por la incriminación del enriquecimiento no explicado. De esta manera se ha sugerido la penalización del delito de enriquecimiento ilícito, basado en la disposición 20 de la CNUCC. el proyecto de Ley denominado 374/X define el tipo penal de enriquecimiento ilícito de la siguiente manera: *“1. El funcionario que durante el ejercicio de sus funciones públicas o dentro de los tres años siguientes al cese de sus funciones, adquiere un patrimonio o un modo de vida que sean manifiestamente desproporcionados a su rendimiento o que no resulten de otro medio de adquisición lícito, con peligro de que aquel patrimonio o modo de vida provenga de ventajas obtenidas por la práctica de crímenes cometidos en el ejercicio de sus funciones públicas, será castigado con la pena de prisión de hasta cinco años”*⁸.

Sin embargo, este proyecto no tuvo una buena recepción porque el tipo penal era incompatible con los principios fundamentales constitucionales, por un lado debido a que se quería incriminar el mero hecho de que un agente posea un patrimonio no coherente con sus rendimientos conocidos, y debido a que no sería necesario que el Estado demuestre la ilicitud del hecho.

En España el delito de enriquecimiento ilícito tampoco ha sido tipificado en ninguno de sus códigos penales; sin embargo, el excesivo incremento patrimonial de una persona se utiliza como prueba indiciaria de la comisión de delitos contra la administración pública, blanqueo de capitales.

El código Penal Italiano preveía en el art.708 como delito de posesión injustificada de dinero o cosa que fuere de origen sospechoso. Siendo este artículo declarado inconstitucional por la Corte Constitucional Italiana mediante la Sentencia No. 370 del 17 de octubre de 1996 que se fundamentó en el precepto que tipificaba al delito como delito de sospecha careciendo con ello

⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno*. op. cit. pág. 786.

⁸ CRUZ SANTOS, Claudia; BODINO, Claudio; THAÍS DE MELO, Débora. *A corrupção*. Editorial Coimbra. Año 2009. pág. 145. Cita Nº 50.

de la claridad taxativa violando de esta manera los principios de igualdad, presunción de inocencia y no declara contra si mismo

7.1.2. Su planteamiento en los países de América Latina.-

El curso de la existencia del continente se demuestra históricamente que en toda sociedad, es inevitable un nivel de conflictos que surgen de tensiones suscitadas dentro de la sociedad. El grado de insatisfacción de las expectativas transforman estas tensiones en comportamientos indeseables y lesivos. Estos comportamientos socialmente dañosos se denominan delitos.

Con el fin de hacer frente a estos conflictos sociales, el Estado plantea desde la perspectiva pública, estrategias, mecanismos y modelos de acción, con el objetivo de alcanzar la materialización de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones.

Se ha demostrado que el fenómeno de la corrupción ocasiona graves daños a las diferentes instituciones del Estado. Entre la más vulnerable es la función pública, que es atacada mediante su principal instrumento que llega a ser el funcionario público. Este problema se traduce en la realidad de diferentes comportamientos cuyo común denominador es la presencia de una disconformidad social y un beneficio económico ilícito por tal circunstancia y para prevenir un posible daño, el Estado ha decidido tipificar en los códigos penales conductas punibles que solamente pueden ser cometidas por funcionarios públicos que manifiestan en los delitos contra la función pública.

Sin embargo, esta estructura en América Latina se ve afectada por los cambios sociales resultantes. El primer cuarto del siglo XX estuvo acompañado por el surgimiento del resentimiento social, por el reiterado incremento de funciones públicas, que es inconsistente con la retribución estatutaria recaudada por el Estado. Además, era evidente que estos casos presentaban un estado de impunidad, por la insuficiencia investigativa de control estatal y públicos de persecución penal, sino por la existencia de un vacío legal ya que estos hechos no se subsumían en ninguno de los delitos contra la función pública. Todo lo descrito impulsó a que el legislador busque contrarrestar las prácticas corruptas recurriendo a la tipificación de una nueva figura penal: el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. El injusto de este delito es descrito como aquello que fuera consecuencia de bienes procedentes del sueldo no compatible con el cargo, aquellos que se presumen provenientes de operaciones ilícitas y que no pueden ser probadas⁹.

⁹ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la administración pública*. 2ª Edición. Lima. Año 1997. pág. 242.

Con la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito el delito de enriquecimiento ilícito, el legislador pudo resolver los dos problemas planteados en esta tesis. Por un lado, llena el vacío legislativo relacionado con los hechos sociales, es decir, el aumento irrazonable del patrimonio de los funcionarios públicos; por otro lado, salva el problema de la naturaleza de la prueba, es decir de índole probatorio, porque con esta técnica legislativa a los órganos de persecución penal les resulta más fácil demostrar el hecho delictivo¹⁰ los funcionarios públicos administran instituciones deshonestas con el fin de tratar de restaurar la confianza perdida de la sociedad en el sistema democrático mediante la imposición de sanciones.

En este contexto, Paraguay ya en el año 1940 fue el primer país latinoamericano que tipificó en su legislación interna el delito de enriquecimiento ilegítimo, al que le siguieron El Salvador en 1959, Argentina en 1964¹¹, Colombia en 1980, Perú en 1981, y así los demás países del continente Latinoamericano. Pero la CICC celebrada en Caracas-Venezuela en el año 1996, se trata de un instrumento jurídico que promueve y lanza el concepto penal de enriquecimiento ilícito a nivel regional e internacional, instando a los Estados partes a tipificar el delito y adoptar medidas que sean necesarias para tal fin. Luego, en las autoridades de Naciones Unidas, el delito de enriquecimiento ilegal alcanzó un nivel universal cuando fue incluido en la "Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción" celebrada en Mérida, México en 2003.

7.2. Marco Teórico

En Bolivia, por la crisis existente respecto al incremento patrimonial fue adoptado el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2006 – 2010, el año 2006, un proceso de transformación social, histórica, jurídica y política, proponiendo el desenvolvimiento de políticas públicas para la prevención y el combate contra la corrupción, mediante la aplicación del principio de políticas de “cero tolerancia a la corrupción e impunidad, plena transparencia en el manejo de recursos y vigencia de mecanismos de control social pertinentes”. Mediante dos estrategias: En primer lugar, incluye la implementación de mecanismos de participación y de control social, que forman alianzas estratégicas con movimientos indígenas y sociales para implementar los medios para que las personas organizadas participen y controlen el comportamiento administrativo del Estado. La segunda estrategia tiene como objetivo transparentar la gestión pública y los servidores públicos y fomentar una nueva cultura anticorrupción.

¹⁰ MIKKELSEN-LOTH, Jorge. *Enriquecimiento ilícito*. op. cit. pág. 8.

¹¹ SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. op. cit. págs. 23 y sigtes.

En febrero de 2009 Bolivia adoptó una nueva Constitución Política del Estado que contiene diferentes medidas de prevención y lucha contra la corrupción, mediante la imprescriptibilidad de delitos de corrupción y el daño económico al Estado; retroactividad de la ley penal anticorrupción garantizada en el art. 232; el control de la administración pública y el uso de fondos públicos en el art. 93, 241, 242 y 309; la transparencia en materia financiera y fiscal art. 323; el derecho del ciudadano al acceso a la información en el párrafo del artículo 21.

El artículo 108 dispone el deber constitucional de los ciudadanos de informar y combatir actos de corrupción. El artículo 28 prevé la pérdida de derechos políticos para personas que malversan los recursos públicos; el art. 112 establece que la prescripción no se aplica a los delitos de corrupción. El artículo 123 establece la retroactividad de las leyes para la investigación, juzgamiento y sanción de delitos cometidos por funcionarios públicos. Asimismo, la Constitución confirma la existencia de la Contraloría General del Estado y el Ministerio Público y crea la Procuraduría General del Estado (art. 213, 225, 229 y 231).

Además se implementa en Bolivia la “Política Nacional de Transparencia y Lucha contra la Corrupción” (PNTLCC). La cual define los lineamientos, estrategias y medidas para la prevención y lucha contra la corrupción en Bolivia: i) fortalecimiento de la participación ciudadana, ii) fortalecimiento de la transparencia en la gestión pública y el derecho de acceso a la información, iii) medidas para eliminar la corrupción, y iv) mecanismos de fortalecimiento y coordinación institucional¹².

Por último, Bolivia cuenta con el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción (MTILCC), creado mediante D.S. No. 29894 el 7 de febrero de 2009. Es responsable de diseñar y ejecutar las políticas de prevención y combate de la corrupción. Cuenta con dos Vice ministerios: el Vice ministerio de Prevención, Promoción de Ética y Transparencia y Vice ministerio de Lucha Contra la Corrupción. Que cuenta con 19 Unidades de Transparencia, responsables de velar por la aplicación de medidas de prevención en la gestión pública y la implementación de control social, transparencia, y rendición pública de cuentas.

El 31 de marzo de 2010 el Estado Plurinacional de Bolivia puso en vigencia la Ley No. 004 Ley Anticorrupción: Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. La cual penaliza delitos de Corrupción; permite la investigación y sanción del Enriquecimiento Ilícito; incorpora en la legislación interna delitos planteados en la UNCAC como el Soborno Transnacional, obstrucción a la justicia y otros;

¹² Este es el objetivo de la PNTLCC, aprobado por D.S. No. 214 de 22 de julio de 2009.

establece el sistema de protección de testigos y denunciantes, define nuevos procedimientos judiciales efectivos para investigar, sancionar incautar y decomisar bienes de corrupción;

Esta es la realidad que nos presenta cada día ya resulta cómico conocer noticias día a día sobre grandes fortunas inexplicables atribuidas a funcionarios de diferente rango, desde presidentes, ministros, jueces, policías, hasta los de más bajo cargo jerárquico de la función pública. Por lo tanto, nadie reprocha que este hecho sea prevenido y reprimido por nuevos y efectivos mecanismos de control social del Estado, el problema de siempre es cómo alcanzar ese fin sin vulnerar los derechos de los ciudadanos.

7.3. Marco Conceptual

Con el fin de sustentar y contextualizar el tema de la presente tesis se establecen los siguientes conceptos fundamentales:

7.3.1. Delito.

Cabanellas de Torres quien conceptualiza al delito como: *“Etimológicamente la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado como una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa”*¹³. Como podemos observar se trata de un concepto genérico el cual hace referencia al acto doloso, castigado por su resultado lesivo hacia un bien jurídicamente protegido, esto conlleva a su tipificación establecida en la ley, con el fin de reducir los efectos antijurídicos y daños a través de la aplicación de una sanción.

7.3.2. Corrupción.

La corrupción es entendida como la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando éste difiere del general a que toda actuación pública se debe: es un fenómeno social, de larga data con características complejas y multicausales. Se dice que la corrupción tiene ya origen en Roma, donde se encuentran inclusive los orígenes del peculado. En Roma los recursos y dineros públicos, eran consideradas cosa sagrada y aquellos que sustraían dichos recursos, eran sujetos a sanción severa¹⁴.

La Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” modificado por el art. 4 de la ley N° 1390 Ley de Fortalecimiento

¹³ CABANELLAS, de Torres, Guillermo, aumentado, corregido y aumentado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. (2010). Decimonovena Edición. Editorial Heliasta. Argentina Pág. 126.

¹⁴ Convención Interamericana contra la Corrupción (Concordada, anotada y comentada), documento del Ministerio de Justicia, Viceministerio de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, noviembre de 2007, pag. 17.

para la Lucha contra la Corrupción de 27 de agosto de 2021: define la Corrupción como el requerimiento o la aceptación, el ofrecimiento u otorgamiento directo o indirecto, de un servidor o empleado público, de una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad, a cambio de la acción u omisión de cualquier acto que afecte a los intereses del Estado.¹⁵

7.3.3. Enriquecimiento Ilícito.

Para Ossorio Manuel el enriquecimiento ilícito alude: *“Aumento injustificado del capital de una persona, a expensas de la disminución del de otra, a raíz de un error de hecho o de derecho”*¹⁶

Por tanto, se describe una conducta encaminada a obtención de beneficio económico para sí mismo, a costa o en perjuicio del patrimonio de otras personas valiéndose de artificios, e inmorales para obtener utilidades y réditos a favor de su economía.

7.3.4. Pena.

Para Ossorio Manuel la pena alude: *“Castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta”*¹⁷

La pena se considera como el resultado del cometimiento de un acto ilícito y reprochable legalmente y que se refleja en una sanción para de esa manera disminuir la criminalidad y proteger la seguridad de la sociedad y sus derechos.

7.3.5. Bien Jurídico Protegido.

El bien jurídico protegido a decir de Mariano Kierszenbaum significa: *“Un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”*¹⁸.

Por lo escrito en el párrafo anterior, se entiende que el bien jurídico protegido, es tomado y entendido como un presupuesto axiológico, para el desarrollo de los derechos de las personas dentro de un Estado y protegido por la norma jurídica.

¹⁵ La Ley No. 004 “Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz” fue promulgada el día 31 de marzo de 2010.

¹⁶ OSSORIO, Manuel. (1981). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Primera Edición Electrónica. Realizado por Detascan S. A. Guatemala. Pág. 5

¹⁷ OSSORIO, Manuel. (1981). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ob. Cit. Pág. 378.

¹⁸ KIERSZENBAUM, Mariano. (2009). El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas Nociones Básicas desde la óptica de la Discusión Actual. Lección No 86. Pág. 187.

7.3.6. Recursos económicos.

Para Ossorio Manuel los recursos económicos: *“Medios materiales, dinero, que debe contar con la administración adecuada... Ahorro o aprovechamiento en beneficio individual o de la sociedad”*¹⁹.

Considerando a los recursos económicos como recursos valorables monetariamente que deben ser logrados intensamente para lograr su incremento, utilizarlos en proyectos productivos basadas en emprendimiento de calidad en educación y salud que permita el pleno desarrollo de los derechos de la población.

7.3.7. Servidor Público.

Para Efraín Pérez los Servidores Públicos son: *“Los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”*²⁰.

Por lado la ley N° 1390 Ley de Fortalecimiento para la Lucha contra la Corrupción define a servidor público como: toda persona que presta servicios en relación de dependencia con cualquier entidad del Estado, independientemente de la fuente de su remuneración. Se incluye bajo este término también a quienes prestan servicios en: a) Órgano Judicial, Órgano Ejecutivo, Órgano Legislativo, Órgano Electoral, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General del Estado; b) Servicio Exterior, Escalafón Diplomático, Magisterio Público, Servicio de Salud Pública y Seguridad Social; c) Entidades públicas autónomas, autárquicas y descentralizadas; d) Gobiernos de las Entidades Territoriales Autónomas; o, e) Universidades Públicas, Fuerzas Armadas y Policía Boliviana

7.4. Marco Jurídico

El desarrollo del tema de investigación se funda en la Norma y legislación Boliviana normas positivas vigentes y en transición por la ineludible necesidad que estas tienen para el mejor vivir en sociedad de todos los habitantes, tanto administrados y administradores:

- Constitución Política del Estado Plurinacional
- Política Nacional de Transparencia y Lucha contra la Corrupción (PNLTC), Programa de Transparencia y Plan de Capacitación.

¹⁹ OSSORIO, Manuel. (1981). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ob. Cit. Pág. 351.

²⁰ RODRÍGUEZ, Arango Leonardo (2009). “El Verdadero concepto de Servidor Público”. Pág. 172.

- Ley N° 004/2010 Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas, Marcelo Quiroga Santa Cruz.
 - Ley N° 1178 Ley de Administración y Control Gubernamentales de 20 de julio de 1990.
 - Ley N° 2027 Estatuto del Funcionario Público
 - Ley N° 1970 Código de Procedimiento Penal
 - Ley N° 1768 Código Penal
 - Ley N° 974 Ley de Unidades de transparencia y Lucha contra la corrupción
 - Ley 1390 Ley de Fortalecimiento y la Lucha contra la Corrupción
 - Decreto Ley No. 14933 ley Orgánica de la contraloría General del Estado
 - D.S. N° 24771 Creación de la Unidad de Investigaciones Financieras (UIF)
 - D.S. N° 214 de aprobación de la PNTLCC de 22 de julio de 2009.
 - D.S. N° 23215 Reglamento para el ejercicio de las Atribuciones de la Contraloría General de la República.
 - D.S. N° 23318-A Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública.
 - Sentencia Constitucional No. 1154/2013-L de fecha 30 de agosto de 2013
 - Sentencia Constitucional No. 0892/2014 de fecha 14 de mayo de 2014
 - Sentencia Constitucional No. 0221/2015-S2 de fecha 25 de febrero de 2015
 - Sentencia Constitucional No. 0893/2013 de fecha 20 de junio de 2013
 - Tratados Bilaterales y Multilaterales de Extradición
 - Plan Integral Anticorrupción (PIA).
 - Convención interamericana contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Índice de Capacidad Para Combatir la corrupción – CCC 2022
- Legislación Comparada.

8. HIPÓTESIS DE TRABAJO.

La hipótesis identificada en relación y concordancia con el título de la tesis, el problema y el objetivo general de la investigación de la presente tesis, es plasmada de la siguiente manera:

La actual legislación penal sobre enriquecimiento ilícito a diez años de su promulgación hace necesaria modificaciones mediante un adecuado tratamiento jurídico legal que, sin dejar de lado la lucha contra la corrupción no vulnere los derechos fundamentales del funcionario público y satisfaga la necesidad de lograr la reparación del daño patrimonial causado, con una propuesta normativa que regularice las condiciones, requisitos y formalidades para el decomiso civil sobre bienes obtenidos ilícitamente durante la función pública como medida que permitirá fortalecer la lucha contra la corrupción y además que otorgue seguridad jurídica de los bolivianos.

Un análisis cuidadoso de la ley y las normas conexas que regulan el Enriquecimiento Ilícito en nuestro país, nos llevaran a desarrollar u observar impresiones conceptuales que al momento carecen de interpretación, para que puedan ser insertadas en el texto legal en la graduación normativa que corresponda.

8.1. Variables

Las variables de la presente investigación identificadas en base a la hipótesis planteada son las siguientes:

8.1.1. Variable Independiente

Modificación y adecuado tratamiento jurídico penal del delito de enriquecimiento ilícito

8.1.2. Variable Dependiente

“decomiso civil”

8.2. Nexo lógico

Permitirá

8.3. Unidades de Análisis

Delito de enriquecimiento ilícito

Recuperación de activos

Funcionario público.

9. MÉTODOS Y TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS

9. 1. Métodos generales

La investigación fue de tipo descriptiva, explicativa y exploratoria, por que se presenta el comportamiento del fenómeno, desde una perspectiva de la realidad, toda vez que la tesis se fundamenta en evidencias fácticas y empíricas.

9. 2. Métodos específicos

Determinado el tipo de investigación a seguir, la metodología aplicada y que posibilitó alcanzar los resultados de la Tesis para la elaboración de la propuesta, fue la siguiente:

9. 2. 1. Método de análisis y síntesis

Se utilizó este método en el estudio del material bibliográfico, hemerográfico y legislativo de referencia sobre la temática.

9. 2. 2. Método Dialectico

Se utilizara este método como método general de interpretación de la realidad, de la sociedad, la naturaleza y el pensamiento humano, que ayudara a comprender el contexto técnico, socio económico y jurídico general, en el que se desarrolla el tema y la problematización de la tesis.

9. 2. 3. Método Cualitativo

En el presente trabajo el tipo básico y de enfoque cualitativo, dado que radica en describir la realidad actual en relación al tratamiento jurídico legal del delito de enriquecimiento ilícito.

9. 2. 4. Método Deductivo

Se procedió a recolectar posiciones jurídicas y opiniones de los diferentes juristas, referido a las posiciones jurídicas del presente trabajo, para identificar lo subyacente en el contexto de la hipótesis planteada mediante análisis, reflexión y demostración.

9. 2. 5. Método Exegético.

Método que permite determinar el sentido y alcance de la norma mediante un estudio jurídico, a través de la interpretación literal de la norma, aplicado en el Marco Jurídico citando los artículos pertinentes y el análisis respectivo.

9. 2. 6. Método Comparativo.

Desarrollar la investigación del derecho comparado con el fin de estudiar el avance de otras leyes y normativas, a fin de estudiar leyes en diferentes cuerpos legales que conduzcan a la solución de problemas jurídicos sociales.

9.3. Técnicas utilizadas en la Investigación

La investigación es documental, bibliográfica y de comparación por lo que realizamos un diseño bibliográfico y de campo; temática y empírica, respectivamente.

9. 3. 1. Diseño Bibliográfico

Considerando que es indispensable la información de manera abundante de tipo jurídico, así como comparada, se consultaron bibliográficamente varios textos doctrinarios, jurídicos, textos legales y sitios webs que se relacionan con el tema de estudio.

9. 3. 2. Técnica bibliográfica.

Considerando que se requiere información de manera abundante de tipo jurídico, así como comparada de otros ordenamientos jurídicos, además de ser una técnica indispensable en un trabajo de investigación formal.

9. 3. 3. Técnica de encuestas:

La aplicación de encuestas a fin de obtener una indagación descriptiva mediante un muestreo de profesionales en derecho y servidores públicos.

9. 3. 4. Diseño de campo

Permitirá recoger puntos de vista de expertos profesionales del derecho.

Los resultados de la investigación se representarán en tablas o gráficos y en forma discursiva con deducciones resultadas del análisis de datos y criterios adquiridos, que permiten el desarrollo de la revisión bibliográfica, verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, conclusiones y recomendaciones.

9. 3. 5. Población y muestra

La población que se determina en la presente investigación está compuesta por una población de:

2 Expertos en el tema

13. 885 abogados en libre ejercicio profesional residentes en la ciudad de La Paz.

Por el número de la población de abogados en libre ejercicio de la profesión de en la ciudad de La Paz, provincia Murillo, se extraerá una muestra probabilística con la siguiente formula estadística:

$$n = \frac{N}{(E)^2(N-1) + 1}$$

Donde:

n = Muestra

N = Universo (13. 885 abogados en libre ejercicio residentes en la ciudad de La Paz)

E = Error máximo admisible (10%)

$$n = \frac{13. 885}{(0.10)^2 (13. 885 - 1) + 1}$$

$$n = \frac{13. 885}{0.01 (13. 884) + 1}$$

$$n = \frac{13. 885}{39, 84} \quad n = 99$$

Tomando en cuenta que la muestra probalística: Abogados en libre ejercicio, se aplicará encuestas a 99 de ellos.

9. 4. *Técnicas e Instrumentos*

9. 4. 1. *Análisis de documentos:*

Mediante fichas bibliográficas que tiene el propósito de analizar material impreso, para la elaboración del marco teórico.

9. 4. 2. *Recolección de Información*

Encuesta aplicada a jueces y fiscales.

9. 4. 3. *Instrumentos técnicos*

Para la encuesta: se realizará un cuestionario previamente elaborado. Para la entrevista: Utilizamos un pliego de preguntas para el procesamiento de la información utilizando programas tecnológicos: Excel, Word, y Power Point.

DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA DE LA TESIS

INTRODUCCION

En Bolivia fue suscrito y ratificado en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CCCI), en fecha 23 de enero de 1997, y fue incorporada la ley No. 004 “**LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS “MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ”** del 31 de marzo del año 2010, y la Ley No. 1390 de fecha 27 de agosto del año 2021 “Ley de fortalecimiento de Lucha contra la Corrupción” como un mecanismo de prevención y lucha efectiva contra la corrupción de los funcionarios públicos que describe la figura delictiva del enriquecimiento ilícito.

Siendo necesario identificar las causas de que a pesar de la incorporación normativa de la ley contra la corrupción el panorama de ingobernabilidad y escasa transparencia refleja el deficiente interés que el Estado Boliviano ha dado al problema de la corrupción, mostrando su desatención hacia la democracia y los intereses generales de la ciudadanía cuya circunstancia produce en los ciudadanos un descontento generalizado que día a día muestra los efectos negativos sobre el Estado de Derecho manifiestos en la pérdida de credibilidad de las decisiones del gobierno y una desconfianza en instituciones públicas.

Bolivia es uno de los países que más ha sufrido los efectos negativos de los delitos de corrupción destacándose la informalidad, el nepotismo, el prebendalismo, entre otros, hace unos años se empezó a realizar grandes cambios con el propósito de poner fin y prevenir la corrupción en la administración pública con la ley No. 004 Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, que caracterizó al sistema de gobierno de turno. Sin embargo, la corrupción pública ha llegado alcanzar niveles tan altos en los últimos años que se extienden desde la economía privada hasta la administración central, lo cual se refleja en el percepción de la Corrupción que publica la Organización para la transparencia Internacional del año 2013 de TI que ubica a Bolivia en el puesto 150 de 175 países y el Estudio Sobre La Capacidad De Combatir La Corrupción en América Latina publicado el presente año pone al Estado boliviano en el lugar 14 de 15 países que combaten de manera eficiente la corrupción.

Este escenario nos muestra de que a pesar que Bolivia ha creado diferentes mecanismos estatales vinculados con el Derecho administrativo como son los estatutos de funcionarios Publico, la declaración jurada de bienes y rentas –siendo este último un régimen creado en los

EE.UU. en los años 70 producto del caso Watergate, pero especialmente con la implementación de la ley Marcelo Quiroga Santa Cruz No. 004., en nuestro país los mecanismos estatales dirigidos a regular comportamientos de los funcionarios públicos y la lucha contra la corrupción han ido fracasando de manera tal que han surgido formas de corrupción que salen del contexto y de la regulación legal establecida en los tipos penales previstos, principalmente porque estos delitos son difíciles de probar y sancionar.

Por otra parte, el día a día nos muestran casos que muestran la corrupción de los funcionarios públicos en diferentes instancias quienes cuentan con patrimonios que evidentemente sobrepasan varias veces el salario que perciben, todo este tipo de hechos han ido produciendo dentro de la sociedad un sentimiento de inseguridad e insatisfacción debido a la poca eficiencia de la administración de justicia (Poder Judicial y Ministerio Público) para aclarar, revelar y principalmente sancionar con una pena estos hechos ilícitos dentro la función pública.

Con el fin de fortalecer la lucha contra la corrupción en los funcionarios públicos, el legislador boliviano propuso un nuevo delito denominado enriquecimiento ilícito, que incluye un hecho fácil de probar y que adicionalmente y también hace presumir la comisión de un delito relacionado con el ejercicio de la función pública, es decir, "aumento excesivo del incremento patrimonial e injustificado de un funcionario público". El núcleo del delito es justificar el origen lícito de su patrimonio situación que demuestra que la tarea práctica del ministerio público es demostrar la comisión y culpabilidad de hechos punibles, tomando en cuenta que la omisión de justificación del servidor público no puede demostrar que ha cometido un hecho delictivo en el ejercicio de la función pública.

Como se ha manifestado, los altos niveles de corrupción y las demandas sociales que exigen una mayor moralidad en la función pública, es que surge el objeto principal de esta tesis que constituye el análisis jurídico-penal de la estructura típica del nuevo delito de enriquecimiento ilícito vigente en la legislación Boliviana por medio de la Ley N° 004 del año 2010. Que previene, tipifica y sanciona el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, con esto se pretende identificar y establecer los elementos que describen al tipo penal de enriquecimiento ilícito, como también su relación con los presupuestos del delito a fin de realizar desde esa perspectiva un análisis crítico a la interpretación de esta figura penal. Sin embargo, es necesario utilizar los métodos administrativos de manera previa al Derecho penal y que cuentan con leyes aplicables al problema del enriquecimiento injustificado del patrimonio de los funcionarios públicos; la influencia y efectos que provoca este delito en los principios penales y procesales así como el

estudio de la inconstitucionalidad y fundamentar la recuperación de activos para el Estado, haciendo hincapié que el decomiso civil el cual es defendido por la doctrina para justificar el uso de las acciones civiles para la recuperación de activos producto de hechos corruptos como medida urgente e inevitable siendo que Bolivia forma parte de los países atrasados en este tema de recuperación de activos es que planteamos una normativa que regule esta acción civil. .

Capítulo I

ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

El objeto principal de la presente tesis trata de un estudio e investigación jurídica sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la legislación de nuestro país. La figura penal que debe ser tipificada claramente en el Código Penal con el objetivo de prevenir y reprimir actos delictivos en la función pública relacionados con la corrupción. El Código de Procedimiento Penal de Bolivia otorga a los tribunales de sentencia competencias para conocer sostener y resolver en juicio delitos de acción pública dentro de los que señala el delito de enriquecimiento ilícito entre otros. Art. 52º CPP. por lo que es necesario realizar previamente un análisis sobre los delitos de corrupción para comprender mejor el objeto de estudio, sus causas, alcance y efectos.

Con todo lo descrito previamente podemos decir que la corrupción es un fenómeno a nivel universal que siempre estuvo presente, pasa por diferentes sistemas legales y políticos, y muchos escritores la clasifican como la segunda profesión más antigua del mundo.²¹ Sin dudas este fenómeno de la corrupción es tan antiguo que hace 2300 años el primer ministro Brahman de Chandragupta escribió una lista de formas de obtener dinero del gobierno de modo fraudulento²². El libro de Aristóteles "Acerca de la generación y la corrupción"²³. Durante la Edad Media durante el reinado de Alfonso XI en el segundo cuarto del siglo XIV, otorgaron poder y gestión a las villas y ciudades del reino para soportar diversos abusos. Es bien sabido que durante el período colonial de los siglos XVI y XVII, en las poblaciones del Virreinato del Río de la Plata²⁴.

Una consecuencia de la globalización en el intercambio económico entre las personas, empresas y Estados, todo esto ha promovido la evolución de las actividades corruptas debido al interrelacionamiento que existe a nivel mundial que se han ido fortaleciendo en el ámbito económico, jurídico, moral o cultural, siendo los Estados los responsables de este período deteriorado de las cosas. El corrupto por otro lado, es aquella persona con poca preparación y aquel hombre que vive en una sociedad en constante movimiento que utiliza todos sus estudios, avances y beneficios para la perfección de sus prácticas.

²¹ MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción- Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Editorial Gedisa. Barcelona. Año 2002. pág. 12.

²² KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Año 1994. pág. 22.

²³ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Corrupción, democracia y responsabilidad política*, en: Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo (Coordinadores): Poder, derecho y corrupción. Editorial Siglo XXI. México. Año 2003. pág. 65.

²⁴ VIRGONILI, Julio; SIMONETTI, José María. *Delitos de cuello blanco*. Buenos Aires. Año 1988. pág. 29

Es así que también los elementos corruptos han adoptado las técnicas utilizadas en el crimen organizado para desarrollar una estructura más estable y formal para cometer delitos. En un principio, la corrupción mostraba características más personales, pero la realidad nos muestra cómo describe BOTTKKE “la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho concreto, se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial”²⁵

Es una realidad que los miembros de una comunidad convivan en una sociedad en la que la corrupción se encuentra en toda las instituciones tanto públicas como privadas, genera un estado de incertidumbre que produce efectos respecto a la tolerancia. La percepción de la corrupción y los actos corruptos asociados sobre todo a que el Estado no es rígido en el momento de perseguir las conductas corruptas. También es importante tomar en cuenta que se emplea dicho término en un sentido amplio y no directamente relacionado a la función pública, porque actos corruptos contienen intereses tanto privados como públicos y se presentan en las distintas áreas económicas, políticas y jurídicas, sin embargo, hay que admitir que el ámbito que más afecta el tema de corrupción es el sector público, lo cual nos lleva a estudiar dos tipos de corrupción, la administrativa y la política.

En primer lugar la **corrupción administrativa** es entendida como el conjunto de situaciones relacionadas con las violaciones normativas y abusos que comete el servidor público en el ejercicio del cargo para beneficio propio o de terceros.

Entendemos a la **corrupción política** como aquella que se comete en el ámbito de la democracia representativa, y que se sustenta en el Estado de Derecho, cuyas repercusiones radica en la legitimación, la capacidad de elección y revocación de quienes ocupan los puestos políticos elegidos por decisión de la soberanía popular, los cuales tienen relación directa con los partidos políticos, estos últimos requieren para su existencia de medios financieros que por un lado son otorgados por el Estado, pero estos recursos son percibidos muy escasos, esto ha ocasionado que los partidos políticos busquen otros medios de financiación privada.

Este tipo de financiamiento conlleva a los partidos políticos, a condicionar las decisiones políticas hacia el interés del que financia en contra del interés general y es tanta su vinculación con la corrupción que NIETO ha llegado a decir que “*desde la aparición del poder la corrupción lo acompaña como la sombra sigue al cuerpo*”²⁶. Los partidos políticos poseen dos tipos de ingresos

²⁵ BOTTKKE, Wilfried. *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*. RP N° 2. Año 1998. pág. 2.

²⁶ NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1997. pág. 7.

que son los públicos y privados; proporcionados por el Estado determinados en el presupuesto general y regulados por la ley de partidos políticos y los segundos son ingresos privados correspondientes a las cuotas de los afiliados, lo más problemático es que estos aporte manejan intereses privados, como podría darse el caso de la compra de poder político o la subordinación de las políticas de gobierno²⁷.

Esta realidad ha impulsado a las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización de los Estados Americanos, el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, la Organización Mundial del Comercio, la Comisión Europea y el Grupo de los Siete (G7) adoptar una amplia gama de medidas diversas, a nivel regional e internacional que abarcan medidas que en diversos campos y no dejando de lado instrumentos internacionales en materia penal.

1. CORRUPCIÓN

La palabra corrupción proviene del “*latin corrumpere, que del verbo rumpo, rumpis, rumpere, rupsi, ruptum, que literalmente significa romper*”²⁸. El diccionario de la RAE define a la corrupción como la acción y efecto de romper; alterar y trastocar la forma de algo; o echar a perder, depravar, dañar o pudrir. Por lo cual deducimos que la corrupción es aquella ruptura de alguna cosa que está establecida ya sea por la ley natural, la humana o por una convención. Así, cuando hacemos referencia a una actividad o institución es corrupta es porque dejan de perseguir aquello para lo que están destinadas y legitimadas.

Cuando el impacto de la corrupción modifica el orden de las cosas y los procesos en los que se basa nuestra convivencia social, en todo acto corrupto hay un elemento corruptor, y también la persona o proceso sobre el que recae la fuerza corrupta. Desde nuestro punto de vista y de acuerdo con esta tesis, la corrupción incluye cualquier actividad en la que la víctima viole o incumpla sus deberes de acuerdo con su rol social con el fin de obtener beneficios personales.

2. ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN.

2.1. Transgresión de un deber

Las personas corruptas transgreden las normas que regulan su comportamiento por acción u omisión. Se debe enfatizar que para la existencia de corrupción, el sujeto no debe cumplir con sus deberes que implica el cargo y esto no es una obligación legal como es el caso de los

²⁷ MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. pág. 101.

²⁸ MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. 22

funcionarios públicos, puesto que la corrupción también puede ocurrir entre individuos particulares.

2.2. Diferenciación de los sujetos dentro los actos corruptos.

En algunos casos, solo involucra o participa un sujeto, por ejemplo un funcionario público que utiliza o se apropia de los recursos públicos que administra en razón del cargo que ocupa, el agente corrupto y el corrupto decisor ocurren en la misma persona. Sin embargo, la mayoría de las prácticas corruptas implican la intervención de al menos dos partes que distinguen sujetos privados (corruptores) y sujetos con poder de decisión (tomadores de decisiones o agentes corruptos)²⁹, donde un individuo que ostenta un cargo público tiene el mismo poder que cualquier otro individuo en una posición de poder laboral cuando dentro sus competencias le otorgan poder decisorio contempladas en un sistema normativo, como por ejemplo un agente bancario o empresario.

2.3. La expectativa de recibir beneficios patrimoniales.

Existe acuerdo entre los autores de todo acto corrupto cuyo fin último es la expectativa de obtener beneficios patrimoniales para las partes participantes ya que una persona se corrompe a pesar de que decidiera no aceptar la contraprestación pactada. En cuanto a la naturaleza de los beneficios, casi siempre son de índole pecuniario (dinero en efectivo, adquisición de bienes muebles e inmuebles, compra de activos o deudas) cuyo resultado es el enriquecimiento patrimonial del sujeto involucrado en un comportamiento corrupto. No se excluye de este principio que la remuneración pueda evaluarse en otros términos como beneficios políticos, profesionales y sexuales, pero en la actualidad la investigación sobre hechos corruptos se centran sobre el componente económico de dichas prácticas.

2.4. Secreto

La tendencia de estos hechos es generalmente secreta, o en un marco de discreción entre las partes, debido a la desaprobación social que conllevan estos actos y el riesgo laboral. La razón de la clandestinidad reside en que si bien los actos corruptos son frecuentes sigue siendo ilegal y bajo riesgo de ser perseguida y castigada por las autoridades competentes.

²⁹ GARCÍA ESPAÑA, Elisa. *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*. Editorial Comares. Granada. Año 2006. pág. 18

3. LA CORRUPCIÓN PÚBLICA.

Donde ocurre la mayor parte de los casos de corrupción es en la función pública y todos aquellos actos contrarios a los deberes de los funcionarios públicos son actos corruptos que acontecen dentro la organización estatal que es denominado corrupción pública. La principal característica de la corrupción pública es que en ella indefectiblemente participa un funcionario público, conceptualizando que este es una persona que mediante elección popular o de conformidad a los parámetros institucionales accede a un cargo público, prestando servicios que deben satisfacer los intereses de la ciudadanía de una determinada provincia, cantón, municipio, departamento o país. Es evidente que la desviación de estos conlleva a la deficiencia de servicios públicos y la pérdida de credibilidad ciudadana en las instituciones públicas así como también convierte en letra muerta las premisas constitucionales de la función pública.

Varios tipos de conductas de corrupción pública están actualmente prevenidas en los medios de control social cuya magnitud depende de muchos factores como la estructura social y las reglas que integran el Estado Democrático de Derecho. Es por esta progresiva concientización provocó que los Estados busquen como mejor medio a la cooperación internacional, promocionando la creación de instrumentos internacionales con el objetivo de afrontar el problema de la corrupción a través de una acción conjunta, surgiendo el primer intento de elaborar un instrumento jurídico contra la corrupción pública generada unilateralmente por los Estados Unidos con la Foreign Corrupt Practices Act de 1977³⁰, que fue el inicio de varios instrumentos enfocados en este sentido y de naturaleza penal contra la corrupción pública, enfocada fundamentalmente por que funcionarios públicos regulen sus conductas por principios enfocados a la función social que realizan. Muchos autores coinciden que la causa de la corrupción pública es un problema de insuficiencia moral en los funcionarios públicos y de una vaga noción de las consecuencias sociales. Ante esta situación, la doctrina intenta establecer un aspecto objetivo y tiende a describir los elementos que definen la corrupción pública dividiéndola en tres categorías:

a) El primer grupo insiste en que en toda corrupción pública está relacionado al abuso de poder que está en función del cargo público que ocupa.

-*MURIEL PATINO*: el abuso de un puesto público con el fin de obtener una ganancia privada, como de forma muy simple puede definirse la corrupción³⁰.

³⁰ MURIEL PATINO, María Victoria. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*. op. cit. pág.27.

-*LOPEZ PRESA*: la corrupción administrativa, por su parte, comprende el conjunto de situaciones relacionadas con las violaciones normativas y los abusos que comete el servidor público en un cargo oficial en beneficio propio o de terceros³¹.

-*GARCÍA MEXÍA*: la corrupción se identifica con un comportamiento orientado al uso de un cargo o función públicos en aras de la obtención de un beneficio privado³².

b) El segundo grupo en los que están autores que entienden a la corrupción pública como aquella que antecede los intereses privados al interés general de la sociedad.

-*CARBAJO CASCÓN*: el fenómeno de corrupción se traduce, por tanto, en la interposición de un interés privado sobre el interés público o general³³.

-*BUSTOS BISBERT*: la presencia de corrupción implica la sustitución de los deseos de los ciudadanos (interés general) por los intereses concretos del representante, y de otros sujetos ajenos, a la hora de tomar una decisión³⁴.

-*GRONDONA*: en términos muy generales podríamos decir que la corrupción de un sistema político surge cuando el interés privado de los funcionarios públicos irrumpe en el recinto sagrado del interés público³⁵.

c) Dentro del tercer grupo de autores están los que describen al fenómeno de la corrupción pública como la vulneración de las obligaciones del funcionario público cuyo fin primordial es el beneficio económico.

-*SALEM SEÑA*: se puede definir los actos de corrupción, como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizado en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza³⁶.

-*NYE*: desde una perspectiva del funcionario público, se conceptualiza a la corrupción como una conducta que se desvía del cumplimiento normal de una función pública debido a beneficios

³¹ LÓPEZ PRESA, José Octavio. *Corrupción y cambio*. op. cit. pág. 31.

³² GARCÍA MEXIA, Pablo. *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2008. pág. 21.

³³ CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*. op. cit. pág. 128.

³⁴ BUSTOS GISBERT, Rafael. *La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción: Una tarea pendiente*. op. cit. pág. 71.

³⁵ GRONDONA, Mariano. *La corrupción*. op. cit. pág. 18.

³⁶ MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. op. cit. pág. 35.

pecuniarios, de posición social o respecto a allegados (familiares o no), o que infringe normas contrarias al ejercicio de ciertos tipos de influencia a favor de allegados³⁷.

Estas diferentes definiciones de corrupción pública dificulta la elaboración de un concepto unitario. Lo positivo es que podemos reconocer elementos característicos comunes del acto corrupto público en los distintos grupos. En primer lugar la presencia de un funcionario público que vulnera sus deberes institucionales por un comportamiento activo u omisivo, destacan también el fenómeno por el cual un funcionario actúa de manera diferente a preceptos normativos favoreciendo intereses particulares.

En segundo lugar, el acto debe ser ilícito según el ordenamiento jurídico, independientemente a que se enmarque dentro de un hecho punible castigado penalmente.

Y tercer lugar, la finalidad del funcionario público son los beneficios económicos, lo que se traduce en la motivación del sujeto de desviar los deberes posicionales. Este elemento provoca un conflicto de intereses en el funcionario, debido a que por un lado, quiere conservar posición institucional en la que ejerce sus funciones, y por otro, quiere beneficiarse de una ganancia adicional a sus ingresos legales que solo podrá obtener en caso de cometer un ilícito. El beneficio producto de un acto corrupto generalmente es económico; sin embargo, existen otros tipos de gratificaciones no de carácter pecuniario.

Finalmente, el funcionario que comete un acto corrupto busca incrementar su patrimonio a costa del interés general existiendo una anteposición de intereses principalmente de índole económico que modifican al correcto funcionamiento del ejercicio de la función pública.

Contextualmente podemos advertir que la conceptualización de interés público es producto del sistema normativo vigente en un determinado momento y lugar. En base a lo expuesto, existe un acto de corrupción pública siempre cuando existe un beneficio directo o indirecto, menoscabando los fines y objetivos de la función pública que ejerce e ignorando el interés general.

4. EL COSTO – BENEFICIO DE CORROMPERSE.

Tenemos la concepción de que lo que motiva al funcionario a corromperse son motivos netamente económicos pero el ¿porqué de la decisión de corromperse? Esta pregunta fue abordada por investigaciones económicas³⁸ esta tendencia propuso un modelo cuyo elemento principal es un análisis costo-beneficio, es decir que solamente cuando analice que los beneficios que obtendrá

³⁷ NYE citado por GARDINER, John. *Defining corruption*. op. cit. pág. 26; También en: FERNÁNDEZ RÍOS, Luis. *Psicología de la corrupción y los corruptos*. op. cit. pág. 31.

³⁸ LÓPEZ PRESA, José Octavio. *Corrupción y cambio*. op. cit. pág. 201.

del acto corrupto serán superiores a las consecuencias en dicho acto (sanciones disciplinarias, destitución), penales (pena privativa de libertad e prohibición para ejercer cargos públicos) y sociales (pérdida de los ingresos para satisfacer las necesidades de él y su familia).

El primer elemento que toma en cuenta el funcionario para fundamentar el costo de su acto corrupto son la posibilidad de sanciones el primer costo, independiente al aspecto económico, es tendiente a la moral que podría tener dos aspectos, uno de carácter individual relacionado con la moral, y otro, que se refiere al costo social si es descubierto que tiene que ver con su reputación en la sociedad y un futuro trabajo. Así, para que la balanza pese más hacia el lado de la remuneración, debe ocurrir ciertas situaciones que cambien los costos morales. El cual está supeditado a lo condenado, es decir, que sea descubierto y sancionado este último aumenta o disminuye las posibilidades de implicarse en actividades corruptas.

En este aspecto resulta decisivo la eficacia del marco normativo que regula el comportamiento del funcionario (estatuto o ley del funcionario público), ya que la eficacia de los mecanismos de control y fiscalización de las instituciones públicas cuya función de monitoreo y control orientadas al principio de legalidad cuyo objetivo primordial es el de eliminar el incumplimiento de los deberes asumidos con el estado y su organización de quien es dependiente mediante la imposición de sanciones eficientes y eficaces, cuando ocurre lo contrario se genera un ambiente de impunidad que modifica la balanza para que los funcionarios públicos tomen la decisión de corromperse, Todo este sistema costo-beneficio debe ser por todos los actores que intervienen en el acto corrupto.

5. LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO

Dentro de la corrupción pública existe una apariencia de que las personas que ostenta cargos en altas esferas políticas del Estado. Según Sutherland quien formaba parte de doctrinarios criminólogos de corrientes sociológicas que fue quien dio origen al nombre de la teoría “Delitos de Cuello Blanco” (White collar crime), quien lo define como un delito cometido por una persona de status social alto. *“La posesión de un status social o económico elevado por parte de los intervinientes en el delito de cuello blanco y los funcionarios públicos altamente jerarquizados”*³⁹.

La principal característica es lo referente sobre hechos delictivos cometidos por personas que son consideradas de alto estatus y un nivel económico superior en razón de su profesión y el cargo que ejerce. En el caso de los políticos, este status es consecuencia de la estimación social del cargo, producto de un proceso de especialización y profesionalismo y el corrupto a través de

³⁹ SUTHERLAND, Edwing H. *El delito de cuello blanco*. op. cit. pág. 13.

la posición alcanza círculos sociales de grandes oportunidades con el fin de sacar el mayor provecho mediante la promesa de los servicios en cargos altos.

5.1. Deben ser cometidos en el ejercicio de una profesión o cargo.

Otra de las características es que debe ser cometido de acuerdo al ejercicio de una profesión o cargo, *“El sujeto activo del delito de cuello blanco y los funcionarios públicos altamente jerarquizados son profesionales que manejan información privilegiada”*⁴⁰. Los funcionarios que ocupan cargos jerárquico y políticos son elegidos por la confianza que la sociedad deposita en ellos o el Estado le otorga debido a la información privilegiada que conllevan dichos cargos, relacionada con el interés colectivo, que se interrelacionan con otros miembros de su mismo círculo social que ostenta status alto, usando estas agrupaciones que genera un espacio donde se llevan a cabo constantes negociaciones el acceso a los recursos que ellos auspician y que contribuyen a concretar (obras públicas, cotizaciones de empresas, etc.). De esta forma se constituye en algunos casos la única manera que encuentran para neutralizar la persecución de sus actos por los órganos competentes del estado *“Poca reticencia social y mayor impunidad.”*⁴¹

En este contexto se evidencia que los altos funcionarios públicos poseen facilidades gracias a su posición política y económica en razón del cargo, permitiéndose acceder a abogados más hábiles o tienen el poder de influir en los procesos de acción penal pública en su beneficio, creando así un ambiente, diferencial ante la justicia no por la aplicación de la norma respecto a la igualdad de los ciudadanos ante la ley sino respecto al elemento material puesto que se impone un tratamiento penal y un tratamiento diferenciado benigno como libertad condicional durante el proceso, detención domiciliaria, etc, esto respecto a delitos convencionales. El panorama muestra que los delincuentes de cuello blanco son inmunizados ante los procesos penales y las sanciones que prescribe la ley, legitimando así el sistema penal.

6. POSIBLES CAUSAS QUE FAVORECEN A LA CORRUPCIÓN.

Dentro de diferentes investigaciones sobre la corrupción al interior del Estado de derecho, algunas vertientes afirman que derivan del propio aparato Estatal, y otra proveniente de aspectos económicos, sociales, en este subtítulo esbozaremos las siguientes:

⁴⁰ VIRGONILI, Julio; SIMONETTI, José María. *Delitos de cuello blanco*. op. cit. pág. 14.

⁴¹ REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología*. op. cit. pág. 165.

6.1. Debilitamiento de la conciencia social

En el proceso de globalización y el beneficio económico que representa a determinadas clases sociales provoca un debilitamiento de la conciencia colectiva y el egoísmo de una sociedad inmersa en cambios bruscos en la división impuesta del trabajo. Considerando que nuestro país promueve un estado social democrático y de derecho, en el Art. No. 1 de la CPE, cuyo ordenamiento interno se funda en principios como el de libertad, justicia e igualdad provoca la pérdida de fe en esta constitución y una estructura jurídico social, cuando el ciudadano corriente experimentar en el diario vivir las desigualdades que son producto de los intereses individuales en contra de los generales. Donde un Estado incumple la ley, no protege la propiedad colectiva, no incentiva la economía nacional, tiene como consecuencia un ambiente de desconfianza que provoca el crecimiento de los niveles de corrupción.

6.2. La ineficiencia legal de la función pública.

La insuficiencia e ineficacia del marco legal, del conjunto de sistemas preventivos del Estado y de control Judicial como un marco legal ineficaz sobre las responsabilidades de los políticos y los funcionarios públicos, contribuye al desarrollo de la corrupción. Siendo que; si los políticos no se constituyen en marco de referencia de responsabilidad, los denunciantes de actos de corrupción solo verán como última alternativa recurrir a los estrados jurisdiccionales para conseguir las respuestas negadas en el parlamento.

Por otra parte, la burocratización extrema de las entidades públicas, provoca que el ciudadano busque ofrecer todo tipo de recompensas a cambio de ahorro de su tiempo y/o simplificación de trámites, todo lo cual, inventiva el delito de enriquecimiento ilícito, este aspecto constituye un círculo vicioso de desigualdad puesto que para acceder a una agilización de los trámites estaría condicionada al acceso económico solicitados por los funcionarios o gestores.

Otro factor relacionado al Estado la poca transparencia dentro los procesos de contratación y una deficiente e ineficaz rendición de cuentas, todo esto agravado por la incapacidad del aparato estatal para identificar hechos ilícitos en las primeras etapas, todo esto hace de la corrupción y específicamente del delito de enriquecimiento ilícito un ambiente de crecimiento e impunidad.

6.3. Respecto a los derechos de los funcionarios públicos.

Esta causa constituye uno de los principales factores originarios de corrupción pública y el enriquecimiento ilícito, podemos identificar fácilmente en todas las esferas que los procedimientos

de elección del personal público, son caracterizados por irregularidades donde varios nombramientos han sido producto de relaciones políticas, de parentesco o de amistad.

6.4. *Debilitamiento normativo del funcionario público*

Por último, una causa grave de corrupción es la inadecuada organización administrativa y frágil que no otorga resistencia eficaz para fortalecer los deberes institucionales el cual a través del ofrecimiento de cualquier dádiva o beneficio o cualquier tipo de ganancia ilícita favorece las prácticas corruptas.

7. EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN.

Siendo presentada la corrupción como un fenómeno que perpetra y seduce a todas las esferas sociales de la vida, los efectos que produce este fenómeno, depende del ámbito en el cual se manifiesta. Para entender de manera adecuada la perspectiva teórica de la investigación se dividirá en positivos y negativos.

7.1 *Positivos.*

Dentro del primer argumento parte de esta doctrina que plantea una teoría que aún no ha sido descartada por completo, que recae especialmente sobre la economía y el país. Debido a la legislación menos restrictiva que permite que el capital extranjero ingrese o permite el ingreso de sus compatriotas inmigrantes en otros países, la economía de los países corruptos puede crecer comprando bienes y servicios que antes eran casi imposibles, lo que reduce en gran medida la pobreza.

El segundo argumento sostiene que los bajos ingresos de los funcionarios públicos son equilibrados con las ganancias ilícitas los cuales resultaría en un beneficio social, reduciendo también la carga de impuestos para financiar el sector público, lo cual es beneficio en torno al crecimiento económico.

Un tercer argumento fundamenta en el tiempo que se toman en realizar los engorrosos trámites los cuales se convertirían en el lubricante necesario para agilizar a un Estado burocrático ya que estos pagos suponen un incentivo para funcionarios ineficientes y que estos cumplan sus obligaciones con más rapidez, y eficacia.

7.2. Negativos.

Los aspectos “positivos” de la corrupción y el enriquecimiento ilícito que citamos pueden aportar soluciones a corto plazo, por ello sin lugar a dudas existen graves consecuencias negativas no solo sobre la economía, sino sobre la estructura jurídica del Estado y sobre los mismos ciudadanos.

En primer lugar, La corrupción provoca un impacto negativo en la economía y el consumo del país cuando los ciudadanos que reciben una remuneración escasa de lo cual deben destinar una porción para pagar la voluntad de los funcionarios y así acceder a determinados “favores” que por derecho les corresponde, todo esto por el sistema burocrático ineficiente del Estado, esto beneficia a los más adinerados provocando un efecto secundario de beneficio solo para un grupo de personas.

En segundo lugar, la monopolización del mercado por empresarios que lo consiguen gracias a acuerdos corruptos concertados con los gobiernos de turno que monopolizan los negocios y contrataciones reduciendo de esta manera las posibilidades de empleo que genera el sector privado y la productividad de una sociedad queda en manos de monopolios empresariales.

En tercer lugar, el precedente aspecto afecta la economía de un Estado dado que el monopolio empresarial a cambio de “favores” tiene como efecto un ambiente jurídico económico de incertidumbre que provoca la reducción de inversión tanto nacional como extranjera, condicionando el desarrollo de los proyectos financiados por el Estado.

En cuarto lugar, la corrupción ocasiona un sobre-costos que debe ser asumido por la sociedad y el Estado, afectando el gasto público cuyo destino principal es el desarrollo y financiamiento de las políticas sociales, económicas y la ejecución de proyectos públicos.

En último lugar, como los funcionarios públicos tienen el deber de servir a los ciudadanos en pro del interés del bien común, con la corrupción los funcionarios se apartan de este deber influenciando de manera negativa en la credibilidad de las instituciones estatales en cuanto a la legitimidad del Estado de Derecho.

8. POSIBLE SOLUCIÓN PARA CONTRARRESTAR LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Es necesario que para el adecuado desempeño de las funciones del Estado que los empleados públicos ejerzan sus funciones correctamente de acuerdo al marco normativo sin embargo los fines de la función pública están en eminente peligro por el debilitamiento sobre la credibilidad

sobre el sector público y el funcionario público, esta hipótesis se ve reflejada en la realidad del estado Plurinacional de Bolivia, ya que según el último informe del índice de percepción de la corrupción de TI Bolivia ocupa el puesto 150 de 175 países, teniendo un puntaje de 24 en comparación al 91 que posee Dinamarca como Estado menos corrupto y el último informe del presente año que pone a nuestro país en el penúltimo lugar respecto al índice de Capacidad para Combatir la Corrupción – CCC-..

Estos datos y los casos de corrupción que podemos ver mediante la prensa en todos los ámbitos del sector público evidencian que los principios democráticos no han sido lo suficientemente consistentes para hacer frente a la corrupción de los servidores públicos. Estos problemas pueden ser solucionados mediante la implementación políticas de ética pública que propicie la recuperación de los valores éticos como referentes mediante la modificación de la mentalidad del personal al servicio del Estado, constituyéndose en un mecanismo de control frente a la corrupción y el enriquecimiento ilícito. Para que este proceso sea efectivo debe hacerse desde el ingreso del servidor público a la institución pública, aprovechando el interés por aprender y desarrollarse al interior de la estructura estatal, para complementarlo con un perfeccionamiento de sus conocimientos.

Esto ayudará a forjar funcionarios públicos fuertemente motivados pero lo más importante es que la voluntad de funcionarios que están dispuestos a cumplir con su deber, estos individuos están perfectamente identificados. Es necesario un proceso de actualización y reforzamiento de los valores éticos del funcionario público, las cuales deben ser realizadas por el Estado para tener en sus instituciones personal idóneo, incorruptible y eficiente en el cumplimiento de sus deberes y funciones.

CAPITULO II

OBJETO DE TUTELA JURIDICO PENAL – LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. ASPECTOS GENERALES

La Constitución Política del Estado, que fue redactada por Simón Bolívar y posteriormente aprobada por la Asamblea Constituyente el 6 de noviembre de 1826 y promulgada el 19 de noviembre del mismo año, hasta la Reforma Constitucional de 1995, en espíritu y esencia este instrumento a sufrido 16 Reformas, de las que destacan "la de 1880, inspirada en principios de la doctrina liberal, la de 1938 que propugnó ideas del constitucionalismo social, la de 1967, influenciada por el pensamiento nacionalista revolucionario, y la de 1995, en la cual se han reformado los actuales requisitos democráticos efectivos y el impacto de los cambios judiciales"⁴²

La Constitución Política del Estado, tanto en su parte dogmática como orgánica contiene un vacío o deficiencia sobre las responsabilidades del Estado y sus funcionarios y la responsabilidad del Estado sobre las acciones u omisiones de sus autoridades o funcionarios que contravengan la Constitución y las Leyes.

Respecto al proceso penal, la CPE diseña un sistema democrático basado en principios y garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso, juez natural y licitud de la prueba, sin embargo, actualmente Bolivia implementa un proceso de reestructuración del sistema de administración de justicia penal; el actual Código Penal en el Capítulo IX - Delitos Contra el Servicio Público, Sección I - Cometidos por Servidores Públicos reconoce a la función pública y los términos de empleado y funcionario público: Significación de términos utilizados como al que participa, en forma permanente o temporal, del ejercicio de funciones públicas, sea por elección o por nombramiento, concediendo derechos, deberes específicas a las personas (funcionarios o empleados públicos) que desempeñan una función para el estado.

*"Esto es así porque la función pública no se justifica ni legítima por sí misma sino en cuanto es un instrumento al servicio de los ciudadanos"*⁴³, ya que se establece una ley especial que es el Estatuto del Funcionario Público sobre el principio fundamental de que los funcionarios y empleados públicos son servidores exclusivos de los intereses de la colectividad y no de parcialidad o partido político alguno. Esa norma especial es la Ley del Estatuto del Funcionario Público de fecha 27 de octubre de 1999, que contiene disposiciones expresas que garantizan la

⁴² El pensamiento constitucional boliviano, página 8, Hernando Vaca Diez., Art. 43 de la Constitución Política del Estado dispone que el Estatuto del Funcionario Público, tendrá como base el principio fundamental de que los servidores públicos están al servicio exclusivo de los intereses de la colectividad y no de parcialidad o partido político alguno

⁴³ MORALES PRATS, Fermín; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Delitos contra la administración pública*, Pamplona. Año 2009. pág. 1594.

administración pública bajo principios de dignidad y eficacia de la función pública. Es así que el Legislador responde a la necesidad de tutela sobre la función pública, otorgando a estas normas un rol dentro la sistemática de una ley o código penal condicionando las conductas punibles contenidas en ellos, por lo que a través del análisis debemos conducir la investigación al estudio del concepto de funciones públicas, los elementos y funciones que se realizan en la sociedad. En este sentido buscamos obtener conclusiones con el fin de alcanzar la correcta determinación de los elementos principales que contiene el delito de enriquecimiento ilícito, y por sobre todo, de su objeto de protección.

2. FUNCIÓN PÚBLICA

El modelo constitucional está basado en garantizar el pleno ejercicio de los derechos individuales, y el de ofrecer a los ciudadanos los servicios estatales de carácter social que buscan mostrar y reconocer estos derechos individuales. De esta forma, con el fin de obtener una coherente aproximación de lo que es la función pública conceptualmente, debemos realizar un análisis de la estructura constitucional, de la normativa legal, y estudios doctrinales aportados en materia penal.

El Estado organizado jurídicamente mediante la Constitución cuyo fin primordial es la capacidad de dar respuestas a las necesidades de la sociedad mediante normas jurídicas que satisfagan las necesidades sociales cuyo fin es la protección encomendada a las funciones pública que dentro de los principales objetivos que persigue son la prestación de servicios públicos para promover el interés general mediante la satisfacción de necesidades.

Es de esta forma, que entendemos que el concepto de servicio público es el eje central para la correcta interpretación de las funciones públicas, siendo definido por BELTRÁN como *“aquella prestación de utilidad o provecho que pretende satisfacer necesidades de consumidores o usuarios (ciudadanos de un estado), que se pone a su disposición en un proceso de producción en el que con frecuencia participa el propio usuario”*⁴⁴. En tal sentido podemos entender al funcionario público de dos maneras. Una, donde el usuario participa de la prestación del servicio la calidad y satisface sus necesidades con criterios objetivos. Y la otra manera es cuando el usuario es un funcionario público que forma parte en la prestación del servidor público y también se beneficia como ciudadano común.

⁴⁴ BELTRÁN, Miguel. *El problema de la calidad en los servicios públicos*, en: Trinidad Requena, Antonio (Coordinador): Evaluación y calidad en las organizaciones públicas. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2000. pág. 30

En tal sentido en nuestra constitución se observa una división de funciones estatales en cuatro poderes: Poder electoral, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial. Por ello que cuando las personas física que ejercen las prerrogativas de un organismo estatal al que representa dentro del ejercicio de sus funciones, se dice que está exteriorizando un poder jurídico derivado del Derecho positivo y no así un poder personal. Estas entidades públicas en las que se divide funcionalmente la actividad del Estado, otorgan la satisfacción de necesidades de la sociedad mediante servicios públicos dentro sus competencias como gobernantes o miembros del poder judicial, todos considerados servidores públicos. También es una realidad objetiva e importante que la administración pública es un conjunto de órganos del estado que desarrollan funciones de Administración del Estado – Poder Ejecutivo, además posee una participación cuali-cuantitativamente respecto a otras entidades del Estado. Decimos cuali-cuantitativamente ya que la administración pública por su estructura jurídico-político constitucional tiene la obligación de proveer a la sociedad en su conjunto de servicios públicos que son administrados por entidades públicas y que actualmente pueden ser administrados también mediante concesiones o licitaciones por empresas privadas a través de un proceso de contratación con el objetivo de optimizar y mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos, esta contratación solamente se da dentro de la administración pública.

La función pública es una organización compleja de interés general cuyas actividades están desarrolladas por los órganos del Estado para cumplir con objetivos específicos como satisfacer las necesidades generales de los ciudadanos de un país, su aceptación o rechazo de actuaciones y decisiones emanadas dependen de sus objetivos y la percepción de los beneficiarios de dichos servicios. Siendo que las normas no tienen valor si no existe una fuerza coercitiva del Estado quedando sin estas en letra muerta cuando no son legitimizadas por la sociedad si no satisfacen las necesidades sociales y culturales. Es por lo descrito que cada habitante no obedece al Estado por si misma sino por la función como prestadora de servicios públicos y los objetivos que cumple en beneficio del los habitantes de País determinado.

3. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Conceptualmente la función pública se sustenta por dos supuestos jurídicos que, según la forma en que regulan las actividades funcionales, convirtiéndose en fundamento para su conceptualización, pudiendo describir a la función pública en *sentido objetivo y subjetivo*⁴⁵.

⁴⁵ ALESSI comparte esta doble dimensión de la actividad de los órganos del Estado (ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 81).

3.1. Función pública objetiva.

En sentido objetivo, se refiere a todos los supuestos de la sociedad que obligan al Estado a satisfacer una necesidad pública, y que consiste en una prestación individual o colectiva y toda la actividad jurídica que regula el régimen del servicio creado por el Estado.

En este sentido podemos entender que el Estado tiene la finalidad de satisfacer las necesidades públicas de una sociedad determinada la cual constituye una actividad encomendada a la organización de un Estado social democrático de derecho, puesto que estos se constituyen en elementos otorgados por los ciudadanos con el fin de garantizar la integridad de sus derechos fundamentales, por lo cual el Estado crea estructuras que forman parte integral de una determinada institución constituida sobre la base de un ordenamiento jurídico que regulará los medios materiales y personales del pendiente servicio público. Este procedimiento demuestra la inexistencia de un derecho subjetivo del ciudadano de solicitar al Estado la creación de un servicio, por lo que el órgano que ejercerá dicha función, son temas de reserva de ley que generalmente cuenta con respaldo constitucional.

3.1.1. Elementos.

3.1.1.1. Interés Público.

El Estado es un ente tan importante para toda organización social por lo cual cuenta con una organización propia basada en normas y objetivos establecidos legalmente y reconocidos legítimamente cuyo fin es la existencia político social proporcionando el bienestar general y la conservación y protección del sistema que posee. De esta manera la conceptualización de interés público cumple dentro de sí una función justificadora la cual es la fuente de legitimación de toda acción o decisión pública. Este término se considera el aglutinamiento de intereses privados y públicos, cuyo contenido depende de aquello que el Derecho positivo determine.

El enfoque del interés público radica en: "a) *La autorización de la ley de carácter restrictiva la cual restringe ciertas actividades de particulares, y b) un elemento de dirección y orientación del Estado*"⁴⁶. Esta última acepción es entendida como el principio sobre el cual se regula la actuación y desempeño de la función pública, donde la finalidad y la justificación de la existencia de la función pública radican en la satisfacción de las necesidades de la sociedad que se materializa en la prestación de bienes y servicios

⁴⁶ RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho administrativo*. Asunción. Año 2004. pág. 42.

Por otro lado el interés público cumple otra función en un Estado Social y Democrático de Derecho, que es la de establecer un límite al poder político, quienes determinan los objetivos. Aquí se denotan las relaciones entre política y función pública, pues desde un punto de vista constitucional se entiende que la Función Pública es el instrumento que utiliza el Estado para desarrollar y lograr sus objetivos fijados, en este sentido, el gobierno mediante atribuciones constitucionales determina objetivos de carácter social compuesta de normas complementarias, proyectos políticos adecuados al interés de la colectividad social.

Como producto de las tensiones existentes entre función pública y el poder político surgen problemas el momento que los gobernantes esconden la realidad político social al aplicar las políticas públicas, donde predominan el interés de los particulares o intereses de la clase política a la cual representan y se someten, movidos ya sea por lealtad o temor de destitución, al afirmar la existencia de estas situaciones podemos observar un vacío pero que no hablamos de un vacío absoluto, puesto que la función pública está regulada por principios reconocidos constitucionalmente e instrumentos internacionales como por ejemplo; DUDH que en el art. 29.2 el cual dice: *“en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de las libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en un sociedad democrática”*.

Además, en el Derecho positivo Boliviano la Ley No. 2027 Ley SAFCO establece en el Art. No. 8 inc C: *“Acatar las determinaciones de sus superiores jerárquicos, enmarcadas en la Ley”*.

Por lo tanto, los funcionarios públicos deben cumplir fielmente el correcto desempeño de sus funciones con respeto y obediencia hacia sus superiores jerárquicos.

3.1.1.2. El servicio público.

El servicio público como parte del Derecho Público, es una de las instituciones más debatidas en el ámbito de la ciencia del Estado, cuya importancia radica en las estrechas relaciones entre Función Pública – Estado. En la primera guerra Mundial los servicios públicos se caracterizaban por que su administración estaba monopolizada a cargo de los Organismos de Estado. Posteriormente, debido a factores determinantes en el mundo como la crisis del siglo pasado y las dos guerras mundiales, hicieron que el Estado asuma múltiples funciones en la vida económica y social de los ciudadanos. Posteriormente, el expansionismo de la actividad Estatal trajo como consecuencia, que el Estado deje de organizar y prestar directamente los servicios públicos transfiriendo algunas funciones de prestación de servicio a personas de derecho privado

mediante concesiones. El sistema concesionario se refiere al orden jurídico de los servicios públicos, como un procedimiento mediante el cual una persona pública confía a una persona llamada concesionario, cuya misión era administrar el servicio público a cambio de una remuneración. En la actualidad la teoría funcional entiende al servicio público como aquella actividad orientada a la satisfacción del interés colectivo de la sociedad puesto que el ente gestor puede ser cualquier entidad pública o privada. Para finalizar solamente se puede otorgar concesión sobre aquellas funciones administrativas de los servicios públicos a cargo del poder ejecutivo porque la naturaleza de los servicios prestados por otros poderes públicos lo hace inadecuado para la descentralización a los particulares – funciones legislativas y funciones judiciales.

De esta forma podemos concluir que todo servicio público constituye una actividad de prestación de servicios para la satisfacción de las necesidades públicas regulada por el Derecho público dentro de un país y momento histórico determinado.

3.2. Función Pública subjetiva.

El Estado y sus instituciones públicas solo pueden existir a través de una serie de personas que transmitan la voluntad del Estado y ejerzan los intereses de las actividades personales para lograr sus objetivos propuestos. Para quienes prestan servicios en instituciones públicas, se constituye la función pública en sentido subjetivo. La función pública subjetiva al estar sometida a constantes cambios producto de la evolución que experimentan las relaciones internacionales y sus organismos que admite en la actualidad la existencia de una función pública internacional.

Al conjunto de personas que desempeñan funciones públicas y prestan servicios al Estado a través de el ejercicio de su profesión u oficio, tienen una relación jurídica diferente con las entidades estatales, quienes ingresan a funciones públicas mediante el nombramiento de la autoridad competente, se distinguen por la remuneración que deviene del presupuesto público y la vinculación con la función pública es mediante contratos laborales o de prestación de servicios. La coincidencia de estos temas es que sus actividades profesionales son para cumplir con la voluntad del Estado.

El funcionario público es el encargado de gestionar y ejecutar las actividades de las instituciones y servicios públicos, de esta forma, se han incrementado diversos grados de responsabilidades, desde los agentes públicos a los ejecutores de decisiones internas de las entidades públicas, pasando por aquellos a quienes se les ha otorgado la facultad de tomar decisiones en representación de los órganos públicos y que dispone los recursos públicos del Estado con el fin

de alcanzar el interés social de la colectividad, los funcionarios públicos deben adecuar su actuación al ordenamiento jurídico denominado estatuto del funcionario público para establecer los derechos, obligaciones, prohibiciones y responsabilidades que regulan el ejercicio de sus funciones y atribuciones.

El vínculo creado entre el funcionario y el Estado fue cambiando de naturaleza jurídica a través del tiempo y actualmente es objeto de arduo debate en la doctrina.

El último régimen es un sistema utilizado en la mayoría de los países occidentales que adoptan un modelo de estado social de derecho y democrático que tiene como objetivo principal los intereses generales, debe garantizar que se minimicen los derechos e intereses de los funcionarios, para garantizar el desarrollo adecuado de las funciones públicas, toda ley de función pública, además de contener aspectos sobre la regulación de los deberes y prohibiciones de los funcionarios en su actuar funcional, debe contemplar asimismo instituciones que satisfagan las necesidades y expectativas personales de este colectivo, que como personas humanas poseen al igual que el resto de los demás ciudadanos.

3.2.1. Elementos.

Dentro del aspecto subjetivo de la función pública analizaremos tres elementos que componen dicha organización los cuales son: el órgano, el cargo o función y la persona física, es decir, el funcionario.

3.2.1.1. El órgano.

El órgano público puede ser definido como las unidades de acción o centros de competencia creada por el Derecho para ejecutar las funciones estatales que regula y autoriza el ordenamiento jurídico los cuales son administrados por medio de sus agentes. Existe otra noción la cual establece que el conjunto de funciones atribuidas al órgano estatal para su gestión tiene como elemento central la competencia, cuyo ordenamiento jurídico le ha dotado de capacidad jurídica para actuar en el ámbito de relaciones jurídicas, y así poder cumplir con su fin específico.

Podemos identificar los siguientes tipos de competencias: funcional, jerárquica, y territorial. La competencia funcional se refiere para aludir al resultado de su competencia en virtud de su propósito final (por ejemplo, Tesorería, planificación, etc.). La segunda tiene que ver con la distribución jerárquica de las funciones públicas sobre un determinado fin cuya función tiene que ver con la importancia de los temas estatales. Y la última alude para distinguir los ámbitos geográficos o jurisdicción.

Desde la óptica descriptiva, se entiende a los organiza como centro de funciones, que contienen dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo se refiere a la función o funciones imputadas a las personas físicas, que se denominan «oficios», y la segunda, refiere a la individualidad física, es decir, al funcionario⁴⁷.

3.2.1.2. El Funcionario de Carrera y funcionario provisorio

Este elemento es la posición que una persona ocupa dentro de un órgano estatal determinado, que está integrado por el conjunto de funciones legalmente establecidas por un titular, cuyo contenido tiene establecidos los derechos, deberes y obligaciones, clasificados y distribuidos en el conjunto orgánico, el análisis separado con relación a las personas físicas que ocupan dichos cargos. El art. 6 de la LEY SAFCO expresa: “*No están sometidos al presente Estatuto ni a la Ley General del Trabajo, aquellas personas que, con carácter eventual o para la prestación de servicios específicos o especializados, se vinculen contractualmente con una entidad pública, estando sus derechos y obligaciones regulados en el respectivo contrato y ordenamiento legal aplicable y cuyos procedimientos, requisitos, condiciones y formas de contratación se regulan por las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios*”.

3.2.1.3. **El funcionario público.**

La estructura del órgano posee un elemento objetivo que es el funcionario público el cual se constituye en el elemento subjetivo, siendo el motor que mantiene con vida la estructura de las entidades públicas, esta función pública se encuentra regulada por un ordenamiento jurídico independiente que contiene principios generales cuya característica es la posición jurídica del funcionario público.

El término proviene de la conjunción de dos palabras: función y público. En relación al término función, es entendida como la actividad legal establecidas por el Estado para cumplir con sus obligaciones de satisfacción de los intereses de la sociedad en su conjunto. De ahí que CASTILLO BLANCO “menciona que la palabra "funcionario" proviene del latín "fungor", que significa participar, completar o ejercer una actividad, que se atribuye a un individuo”⁴⁸. El segundo término (público) se considera a todo lo relacionado con el interés general.

Doctrinalmente se hace una diferenciación entre empleados públicos y funcionarios públicos. Los primeros son las personas que ejecutan decisiones emanadas de la autoridad competente, las

⁴⁷ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. op. cit. pág. 81.

⁴⁸ CASTILLO BLANCO, Federico. *Lecciones de función pública*. op. cit. pág. 122.

segundas llegan a ser aquellas personas investidas de autoridad que expresan la voluntad del órgano público.

La ley suprema del país establece los principales aspectos que debe tener el servidor público (que constituye el marco delimitativo para el legislador al momento de regular por ley el actuar del funcionario en el ejercicio de sus funciones, y en el **Art. 233** “*Son servidoras y servidores públicos las personas que desempeñan funciones públicas. Las servidoras y los servidores públicos forman parte de la carrera administrativa, excepto aquellas personas que desempeñen cargos electivos, las designadas y los designados, y quienes ejerzan funciones de libre nombramiento*”). Como puede apreciarse, la Constitución utiliza un criterio vago y limitativo para diferenciar a las personas que prestan servicios al Estado, ya que se las mencionan usando términos que los diferencian entre: *cargos electivos, las designadas y los designados, y quienes ejerzan funciones de libre nombramiento*, aparentemente se han diferenciado estas dos categorías de servidores públicos. Sin embargo, el legislador ha elegido el término de «funcionario y servidor público» como equivalentes con un mismo alcance en cuanto a derechos y obligaciones en el ejercicio de sus funciones, cuyo interés y espíritu de la palabra radica en el sentido que le da de estar al servicio del pueblo, conforme lo describe El citado Decreto Supremo N° 29894 del 7 de febrero del 2009, en su art. 5 (Servidoras y Servidores Públicos) “*I. La Presidenta o el Presidente del Estado Plurinacional, la Vicepresidenta o el Vicepresidente, las Ministras o los Ministros Servidores Públicos del Estado Plurinacional, son los principales responsables de la Administración del Estado, al responder al mandato del pueblo boliviano. Se deben a la población en cuanto a la satisfacción de sus necesidades, promoviendo el acercamiento directo entre el Estado y la sociedad, y ejerciendo sus funciones mediante los mecanismos institucionales definidos por la Constitución Política del Estado y la presente norma*”.

Con el fin de obtener un concepto restringido la Ley No 1390 describe, distingue los siguientes términos: “**Servidora o Servidor Público:** *Es toda persona que presta servicios en relación de dependencia con cualquier entidad del Estado, independientemente de la fuente de su remuneración. Se incluye bajo este término también a quienes prestan servicios en: a) Órgano Judicial, Órgano Ejecutivo, Órgano Legislativo, Órgano Electoral, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General del Estado; b) Servicio Exterior, Escalafón Diplomático, Magisterio Público, Servicio de Salud Pública y Seguridad Social; c) Entidades públicas autónomas, autárquicas y descentralizadas; d) Gobiernos de las Entidades Territoriales Autónomas; o, e) Universidades Públicas, Fuerzas Armadas y Policía Boliviana.* **Empleada o Empleado Público:** *Es toda persona que preste servicios en empresas públicas de carácter*

*estratégico o social en cualquiera de sus tipologías, y en entidades u organizaciones en las que el Estado tenga participación patrimonial, independientemente de su naturaleza jurídica; **Jueza o Juez.** Es todo servidor público que cumpla funciones jurisdiccionales, independientemente de su denominación". De este término conforme a los parámetros constitucionales y normativos partiremos de los siguientes elementos:*

- 1) La función pública son todas las actividades desempeñadas por los diferentes órganos del Estado para cumplimiento de sus finalidades. Cuyo fin primordial es la satisfacción de necesidades colectivas.
- 2) Las funciones públicas están previamente establecidas como constitutivas es decir que para ejercer funciones públicas debe adscribirse al cargo que las contiene las reglamentaciones para el ejercicio de las funciones públicas.
- 3) Para que el sujeto pueda acceder a un cargo debe ingresar en la organización estatal, ya sea por designación o nombramiento al cargo emanado de la autoridad competente del órgano público o por designación de un cargo público por elección popular.
- 4) El funcionario público es retribuido por la prestación de sus servicios a través de remuneración justa conforme al tipo de función que realiza y como son recursos económicos públicos están contemplados en el presupuesto general de la nación de cada Estado.

De conformidad a lo descrito líneas arriba restrictivamente podemos decir que un funcionario público es aquella persona que es designadas por una autoridad competente mediante concurso de meritos o mediante elecciones populares para el desempeño de funciones públicas permanentes y duraderas, en virtud de relaciones de derecho público en cualquier órgano estatal y por el que recibe una remuneración la cual está establecida y prevista en el presupuesto general de la nación. En conclusión, todas las personas que cumplen servicios u oficios en algún órgano del Estado, pero no todas son consideradas funcionarios públicos.

4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Dentro de la legislación boliviana la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia ha previsto en el Título V rotulado: Funciones De Control De Defensa De La Sociedad Y Defensa Del Estado el Capítulo IV Titulado como: Servidoras Públicos y Servidores Públicos designando en los art. 232 – 240 un conjunto de conductas punibles cuyo objeto de tutela es la función pública y que tienen como sujeto activo a un funcionario público. Por otro lado la Ley No. 004 establece en el art. 25 la Creación de Nuevos Tipos Penales dentro del cual describe e identifica conductas

punibles en el cual esta individualizado el delito de Enriquecimiento Ilícito, cuyo objeto de tutela es la Función Pública y tiene como sujeto activo al funcionario público.

Para abordar la consideración de hacer que las funciones públicas como bien jurídico, es necesario referirse a la teoría del bien jurídico y su importancia práctica para el desarrollo del derecho penal, en el ámbito de la dogmática jurídico penal y específicamente, dentro de la teoría del delito dentro del sistema del hecho punible⁴⁹.

4.1. El bien jurídico.

El Derecho penal se concibe como un subsistema de control social del Estado, reconociendo que el Estado ostenta el monopolio de la coerción penal a través del *ius puniendi*, en otras palabras para que una acción se transforme en delito es necesario que la conducta manifieste, provoque como consecuencia un daño o la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos. Es así que el fin del Derecho Penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos a través de mecanismos de coerción y sanción.

El juicio de valor que realiza el Estado para designar a los bienes jurídicos es adoptado por la Constitución en el art. 1 que reconoce El Estado Plurinacional de Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario y adopta para su gobierno en el Art. 11 del mismo cuerpo legal la forma de gobierno "*democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres*".

Basados en este criterio jurídico para la designación de bienes jurídicos, analizamos tres elementos de la estructura política de Bolivia: En primer lugar, el Estado social identifica y reconoce la desigualdad, en tal sentido el Estado tiene el objetivo de eliminar las desigualdades existentes ejerciendo un papel de productor de bienestar. En este sentido el Derecho Penal coopera y coadyuva para el progreso económico, social y cultural de la sociedad mediante la prohibición de conductas atentatorias contra las actividades de bienestar social. En segundo lugar, el concepto de bien jurídico ha surgido como un instrumento liberal que garantiza y limita el poder arbitrario del Estado con respecto a los bienes a ser protegidos por el Derecho Penal.

Para comprender la noción de bien jurídico partimos de la noción del término bien, considerado como todo aquello que resulta favorable y en beneficio para el hombre destacando su contenido axiológico como valor positivo para su persona. Por su parte, entendemos que jurídico, desde la

⁴⁹ FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. Editorial BdeF. Buenos Aires. Año 2004. pág. 1.

perspectiva del derecho que otorga a estos valores como imprescindibles y necesarios para el desarrollo de la vida social, siendo regulados en diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico.

Con el fin de entender y conceptualizar claramente el bien jurídico penal, primeramente el legislador realiza un análisis de los distintos ordenamientos jurídicos que compone el sistema jurídico y luego precisar al más atacado por conductas que supongan su lesión o puesta en peligro y que la pena característica del Derecho Penal sea el único modo para responder a las situaciones de amenaza. Por último, el bien jurídico se basa y se fundamenta en la sociedad, como consecuencia de la participación ciudadana en democracia, atributo fundamental de un Estado Social de Derecho.

4.2. Las funciones del bien jurídico penal.

La doctrina ha atribuido al bien jurídico penal cuatro funciones principales: 1) de garantía, 2) de legitimación, 3) teleológica o dogmática y 4) sistematizadora.

4.2.1. Función de garantía.

Esta función también denominada de política criminal del bien jurídico penal es la que tiene la tarea de limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Históricamente el bien jurídico surgió buscando evitar que los tipos penales sean dominados por sentimientos morales, dogmas religiosos y el autoritarismo Estatal, es por ello que la función de garantía limita al Estado respecto al despliegue de su política criminal mediante la sanción de leyes penales y se constituye facultando al legislador para la definición de conductas criminales a la exclusiva protección de bienes jurídicos.

El principio de exclusiva protección bienes jurídicos se encuentra regulado en el Derecho positivo penal boliviano en el art. 25º., del código Penal que establece como el propósito de las penas: “*Tiene como fines la enmienda y readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial.*”. Esta norma busca establecer una función utilitaria en dos momentos distintos, uno antes de su aplicación y otro posterior a las mismas, el propósito de las sanciones penales es proteger los bienes jurídicos y readaptar a los perpetradores a una vida libre de delitos. Así pues, en el sistema jurídico boliviano establece una conexión entre la función garantista del derecho penal y la función de sanción como medio de intervención penal.

Respecto a la función de garantía que cumple el bien jurídico es una crítica orientado al propio sistema penal, ya que permite identificar realmente si detrás de cada norma penal existe un bien jurídico social y necesitado de protección. En este contexto, la función de garantía del bien jurídico

es el límite de la política criminal del Estado, ya que solamente permite la creación de normas penales exclusivamente en sentido que pretenda evitar conductas que atenten o pongan en peligro el interés y bienestar del individuo y la sociedad sobre la cual se erige el Estado Social de Derecho.

4.2.2. Función de legitimación.

Esta función es consecuencia de la función de garantía, cuya tarea es la de justificar racionalmente la creación de normas penales dentro de la coyuntura de un Estado Social y Democrático de Derecho, legitimadas solamente en caso necesidad de proteger un bien jurídico mediante la coerción penal. Es cuando el legislador realiza el estudio del sistema jurídico y la valoración de la pena como único medio idóneo contra conductas que atenten los bienes jurídicos (principio de fragmentariedad).

4.2.3. Función teleológica o dogmática.

La función teleológica mediante la cual se emplea el criterio de interpretación de los tipos penales, constituye un elemento de interpretación que determinan las condiciones para el sentido y alcance de las normas penales de acuerdo con el propósito de proteger bienes jurídicos específicos, para su entendimiento es necesario un análisis sobre el significado, por ejemplo, “ No solamente el comportamiento del sujeto activo se puede adecuar al tipo descrito en la norma – antijuricidad formal, puesto que este comportamiento es ilegal sino que además se debe verificar que este comportamiento típico pone en peligro o causara daño el interés tutelado por la norma penal – antijuricidad material”⁵⁰, esta valoración solamente es posible a través del análisis del bien jurídico y la afectación que el sujeto activo pudiera provocar sobre el mismo.

4.2.4. Función sistemática.

La función sistemática del bien jurídico, sirve como elemento de clasificación y jerarquización de los delitos dentro de la parte especial de los códigos penales⁵¹.

4.3. Concepto material de bien jurídico.

Para entender este término y su conceptualización nos remontamos a FEUERBACH, en su Tratado de derecho penal del año 1801 que lo consideraba como derecho subjetivo, cuyo término fue forjado en la doctrina penal por BIRNBAUM en 1834, siendo base para el surgimiento de

⁵⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. op. cit. pág. 7.

nuevas teorías propuestas por el positivismo por BINDING, VON LISZT, y HONIG, SCHWINGE con el neokantianismo y finalmente podemos citar al causalismo valorativo de MEZGER y el finalismo de WELZEL. Durante las últimas décadas la teoría ha dado un giro con enfoque social sujeto a la teoría penal, basados en que el derecho penal debe partir de la realidad, del ser, es decir se basa en la realidad de la sociedad y posteriormente por el razonamiento político criminal y social.⁵²

4.4. La función pública como bien jurídico penal y su protección.

Bolivia tiene como modelo de Estado Social y Democrático de Derecho por lo cual sostiene su ordenamiento jurídico sustentado en una Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, reconociendo a los ciudadanos garantías las cuales están constituidas por las instituciones y procedimientos normativos establecidos y respetando su constitucionalidad.

El Estado forma parte como garante de los derechos subjetivos donde las instituciones públicas establecidas tienen una función de hacer efectivas las expectativas ciudadanas los derechos de la sociedad en su conjunto y satisfacer las necesidades mediante políticas públicas positivas.

La función pública está vinculada a la soberanía estatal, respecto a que su ejercicio o funciones son atribuidas constitucionalmente a los Poderes del Estado, ejecutadas materialmente mediante servicios públicos dirigidos a la sociedad en su conjunto y su cumplimiento efectivo el cual otorga al estado legitimidad para así crear impuestos y contribuciones para sustentar los servicios públicos necesarios para satisfacer necesidades.

Considerar que la función pública y los recursos del Estado son bienes dignos de amparo penal demuestra su importancia, no solo porque han sido prevista y regulada en la Constitución, sino también porque el rol del funcionario público en la realidad social es como institución y su misión es brindar material medios para el desarrollo personal y social de los miembros de un país, por tanto, se entiende como un bien jurídico supraindividual

La función pública cumple un papel importante como institución organizada responsable de la implementación de actividades de servicio que brindan derechos básicos de los ciudadanos significa que no se puede garantizar su condición de activo legal supraindividual siendo digno de protección por la ley penal. En consecuencia, se hace necesario que los Estados dediquen en su constitución y sus códigos penales título referido a los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas y de protección de los recursos del Estado, contemplando en ellos los comportamientos

⁵² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. op. cit. pág. 96

que atenten los valores que fundamentan la actividad del Estado en cuanto a su función de garante de las necesidades y bienestar general de la sociedad.

4.5. Aspecto tutelado del bien jurídico por los delitos contra el ejercicio de las funciones públicas.

El legislador penal Boliviano ha designado el libro TITULO II titulado como: Delitos Contra la Función Pública en el Capítulo I del Código Penal art. No. 142 - 152 bajo la rúbrica **Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos** describen una serie de delitos que tienen como denominador común que su sujeto activo en su mayoría es un funcionario público. Pero como podemos observar el legislador no incluye el delito de Enriquecimiento Ilícito pero si establece en la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz nuevos tipos penales en la cual si se contempla mencionado delito, la razón de esta decisión político criminal es la protección de la función pública por la desviación dolosa de los deberes legales en el ejercicio de sus funciones, como también de comportamientos externos o conectados con éstos, y el daño producido a los recursos del Estado.

5. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.

La función pública como interés supraindividual fue analizada desde la función legislativa quien ha optado por la aplicación de una política criminal dirigida a proteger este bien jurídico mediante la incriminación determinados tipos penales, con los que la protección penal se adelanta la lesión efectiva del bien jurídico mismo.

Los delitos de peligro se refieren a delitos que pueden causar daño o lesionar un bien jurídico protegido, mientras que los delitos de lesión son delitos que causan cierta destrucción o perjuicio del bien jurídico. Ambas categorías serán consideradas en la definición dogmática del delito como toda conducta típica, antijurídica y culpable que lesionen el bien jurídico protegido.

La característica de los delitos de peligro abstracto dentro del tipo penal no se observa el peligro como elemento objetivo, limitándose el legislador a incriminar una conducta se acredita fácticamente peligrosa. Los códigos penales en su mayoría tutelan la función pública mediante la técnica del delito abstracto de tipo penal que son creados para protección respecto al bien jurídico supraindividual.

6. CRITICAS A LA TÉCNICA DE DELITO PENAL ABSTRACTO.

Las objeciones a los delitos de peligro abstracto parten en que al no establecer el peligro de los elementos objetivos del tipo se presume *ipso jure* que la acción provoco la puesta en peligro del

bien jurídico protegido, cuya presunción no admite prueba contraria por lo tanto al momento de comprobada la conducta el juez estaría eximiendo del desarrollo de investigaciones posteriores sobre la verificación judicial de la puesta en peligro esto supone el quebrantamiento del principio constitucional de derecho a la defensa⁵³.

En segundo lugar, se produce un quebrantamiento del principio de lesividad dado que los delitos de peligro abstracto protegen bienes jurídicos supraindividuales carentes de sustrato material, ya que resulta difícil la determinación de su lesión,

En tercer lugar, se objeta que los delitos de peligro abstracto constituyen un delito político criminal contraria al principio de intervención mínima, al desechar la prueba de peligro para el bien jurídico. En estos casos el juez, una vez comprobada la desobediencia a los deberes establecidos para el ejercicio de funciones públicas aplicaría el precepto penal legitimado que la conducta en perjuicio del bien jurídico protegido.

7. PROPUESTAS DE LEGITIMACIÓN DE ESTA CLASE DE DELITOS.

Si bien existen muchas objeciones a este tipo de delito de peligro abstracto, es obvio desde la perspectiva de la política criminal que en la actualidad sea una herramienta jurídica eficaz que puede evitar dificultades como determinar la lesión efectiva del bien jurídico protegido o probar el nexo causal entre la acción individual y el resultado lesivo. La Asociación de Derecho Penal Internacional lo reconoció en el Decimotercer Congreso de Prevención del Delito celebrado en El Cairo en 1984 el cual consideró que los delitos de peligro abstracto son eficaces para combatir cierto tipo de conductas lesivas como es el Delito de Enriquecimiento Ilícito.

7.1. *Demostración judicial de la peligrosidad de la acción.*

La imposición de una pena supone la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido la cual no debe ser relacionada como una consecuencia entre la acción u omisión del autor y la conducta descrita en el tipo penal. Este procedimiento lo debe realizar el juzgador aplicando el principio *nullum crimen sine lege* y preguntarse del porque de la contradicción a la norma cuya respuesta esta ligada a la teoría del delito, la antijuricidad que es la comprobación de que una determinada acción u omisión tiene un carácter lesivo o de puesta en peligro al bien jurídico protegido.

⁵³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. op. cit. pág. 242.

Estos razonamientos hicieron surgir planteamientos interpretativos para la legitimación de los delitos de peligro abstracto que condicionan la tipicidad de la acción a que provoque un estado de riesgo que aunque no aparece contemplado en la ley se puede apreciar judicialmente.

El presupuesto *iuris et de jure* atribuidos a los delitos de peligro abstracto se convierte en *iuris tantum*, debiendo el juez posicionarse como un observador objetivo y valorar si existe un peligro real en la conducta del sujeto activo desde el momento en que se realiza el acto, por tanto, desde un punto de vista a priori, proporciona al observador un objetivo poder determinar si la conducta tiene la capacidad de crear un estado normativo desaprobado o son contrarios a la conclusión, de que es improbable que se produzca un resultado lesivo (daño o perjuicio a los derechos legales).

En conclusión, el legislador identificando elementos objetivos del tipo delimita los riesgos permitidos instituidos por el ordenamiento jurídico para un sector social y estas herramientas ayuda al legislador verificar si la conducta realizada es apta para la puesta en peligro del bien jurídico.

De esta manera, los aportes de la teoría de la imputación objetiva respecto a criterios de exclusión de la peligrosidad de la acción, se muestra como soluciones convenientes a cuestionamientos pronunciados por la doctrina y aportan a intervenir los delitos de peligro abstracto y los principios de un Derecho penal democrático.

7.2. Principio de lesividad

En la doctrina el principio de lesividad se traduce en que todo delito constituye la afectación de un bien jurídico protegido jurídicamente, concordante con esto se constituye factible verificar el daño o perjuicio de bienes jurídicos (como la vida, la salud, la libertad sexual, etc.) que son propiedad de personas físicas y tienen una base material clara que se puede demostrar a través de la experiencia o empíricamente. El problema surge cuando tenemos intereses legales correspondientes a un grupo de personas, en estos supuestos, bienes legales superindividuales, en este caso la doctrina también se pronunció sobre ellos, y algunos autores insisten en que no pueden causar lesión⁵⁴. Sin embargo, basados en la realidad diversos sistemas penales han decidido proteger bienes jurídicos supraindividuales mediante los delitos de peligro abstracto, mediante la incriminación de una conducta entendida como peligrosa y en la mayoría no incorpora

⁵⁴ VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado*. op. cit. pág. 136.

como elemento típico el resultado material, que se vincula directamente con el bien jurídico para justificar la lesión o puesta en peligro.

Entre las diversas normas para legalizar tales delitos, algunas personas se han propuesto redefinir el principio de "lesividad", partiendo conceptualmente de los términos de materialidad y lesión, reconociendo ciertos bienes jurídicos de carácter supraindividual configurados en entidades ideales, que aunque no posean un sustrato material, son considerados legítimos en un Estado de Derecho ya que suponen un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo de la sociedad. En cuanto a la verificación o causalidad del resultado lesivo a un comportamiento determinado respecto a los bienes jurídicos protegidos superpersonal, algunas personas han propuesto que la aplicabilidad de la ley y la causalidad jurídica no ontológica sobre la idoneidad de la acción como método de verificación puede perturbar el bien jurídico, en ese sentido, existente el nexo entre acción peligrosa y bien jurídico al verificarse que una conducta ha acentuado el riesgo permitido para un sector de la vida social creando un ambiente que pone en peligro al interés jurídicamente tutelado.

Desde esta perspectiva y partiendo del hecho de que la corrupción afecta principalmente a un bien jurídico de utilidad imprescindible para la sociedad, el estado se encuentra legitimado para proteger los intereses de la colectividad con sentido social utilizando la técnica de los delitos de peligro abstracto cuando su injusto establezca conductas consideradas peligrosas y la puesta en peligro del bien jurídico protegido. En este contexto el Derecho Penal busca evitar delitos que atenten contra el desempeño de funciones públicas dichos delitos suelen ser cometidos por funcionarios públicos excepcionalmente por particulares que tienen contacto con la función pública que consiste en la desviación de obligaciones legales, lo que conduce a delitos produciendo como consecuencia circunstancias que son legalmente rechazadas y ponen en riesgo las funciones públicas y los recursos estatales las cuales pueden entenderse como una serie de actividades al servicio de la ciudadanía y la sociedad.

CAPITULO III

MECANISMOS DE CONTROL JURÍDICO –ADMINISTRATIVO PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA CON EL OBJETIVO DE NEUTRALIZAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

1. INSTRUMENTOS DE CONTROL DEL ESTADO

El momento que se identifica una conducta que lesiona o pone en peligro el interés social y de convivencia ciudadana, los responsables de la política criminal de un Estado deben buscar cómo y qué instrumentos utilizará para hacer frente esa conducta. Antiguamente el Derecho Penal era el único instrumento preventivo pero actualmente con el desarrollo de la política criminal los Estados cuentan con un sistema penal e instituciones dedicados y creados para este objetivo el de prevenir los hechos delictivos desde un punto de vista etiológico el concepto de prevención está unido al inicio del fenómeno criminal, es decir, debe intervenir en la neutralización de sus causas por eso se contempla la prevención por ser un problema social.

Por ello, en los siguientes apartados se estudiarán los mecanismos e instituciones de control administrativo preventivo que utiliza el Estado para hacer frente al aumento indebido e injustificado del patrimonio de los funcionarios públicos, considerados hechos de corrupción socialmente reprochables dentro la función pública. Para ello, se utilizará un método que primero describe brevemente las políticas de socialización implementadas en las funciones públicas, y luego analiza con métodos concretos de control formal utilizados para eliminar o neutralizar comportamientos indeseables de forma más específica. Este modelo metodológico se ha utilizado para referirse de cerca al principio de mínima intervención, y también es útil para evaluar si una serie de herramientas que posee el ordenamiento jurídico antes de tener carácter penal son efectivas para enfrentar estas conductas.

2. POLÍTICAS SOCIALES IMPLEMENTADAS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN BOLIVIA.

Con el objetivo de fundamentalmente a la corrupción en las funciones públicas, el Estado Boliviano ha formulado instrumentos jurídicos y procedimientos de control y fiscalización internos. No está por demás entender que toda política preventiva debe incluir estrategias de identificación de las de las causas del conflicto criminal para su neutralización, teniendo activa participación en las políticas sobre educación, vivienda, trabajo, bienestar social y calidad de vida, siendo de esta manera necesario políticas socializadoras aplicadas *prima ratio* reforzando la educación social

con el objetivo de crear un sistema de valores en todo ciudadano, convirtiendo de esta manera en un muro de contención ético que tiende a neutralizar cualquier acto corrupto.

Además, en la actualidad el Estado ha implementado normas de buen gobierno y políticas que buscan mejorar prestaciones sociales que el Estado otorga al servicio público y que es restituida mediante remuneraciones, vacaciones, seguridad social, etc., puesto que esta insatisfacción suele ser causal de la corrupción pública. Por último, es imprescindible adicionar a estas políticas de prevención el reforzamiento de los principios y expectativas de la función pública, con el objetivo de que el funcionario público alcance una correcta identificación normativa, objetivos y fines de la institución a la que presta servicios.

3. MEDIOS DE CONTROL PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO BOLIVIANO.

La delincuencia en el sector de los servicios públicos es un tema complejo, para prevenir el abuso y la desviación de los funcionarios públicos, el Estado ha estipulado ciertos métodos de control social en el sistema administrativo y en su propio sistema jurídico penal. Este capítulo se ocupará únicamente de las instituciones y mecanismos de control del derecho administrativo boliviano relacionados con la prevención del enriquecimiento ilícito por parte de los miembros de las funciones públicas de acuerdo a los principios de fragmentariedad y mínima intervención del derecho penal.

3.1. Régimen legal de la función pública en Bolivia

El Estado busca prevenir la corrupción de los funcionarios públicos, para lo cual utiliza regulaciones jurídicas para las funciones públicas. Para los fines antes mencionados, Bolivia aprobó la ley 2027 del 27 de octubre de 1999 la ley que estableció un régimen jurídico para las personas que prestan servicios en el gobierno central nacional y entidades descentralizadas, respecto a sus denominaciones, naturaleza jurídica, proceso de selección, responsabilidades derechos y su sistema disciplinario.

En ese sentido, el mencionado cuerpo legal establece el conjunto de deberes y obligaciones que constituyen acciones que el funcionario ejerza correctamente en correspondencia a las funciones de su cargo público destacando en esta tesis algunas que específicamente destinadas a neutralizar o evitar la corrupción pública.

A su vez, describe una serie de conductas consideradas contrarias al ejercicio del cargo público, que supone unos comportamientos peligrosos permitidos establecidos en la ley para la función pública.

Como puede advertirse, este cuerpo normativo constituye el primer y más importante instrumento de prevención contra la corrupción dentro de la función pública además están apoyadas en el régimen disciplinario que las complementan de esta manera, la infracción cometida por un funcionario puede producir desde una sanción prevista en el Derecho Administrativo hasta considerarse un delito contra el ejercicio de la función pública pasible de una sanción penal.

Su importancia radica en su mecanismo de prevención contra la corrupción que a través de un régimen disciplinario de los miembros de la función pública en tres formas distintas: a) leyes o estatutos de función pública, b) leyes de conducta ética y c) leyes especiales. En Argentina estas normas están en la Ley N° 25.188 de —Ética de la función pública⁵⁵; en Chile en la Ley N° 18.575 —Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado⁵⁶; en El Salvador en la —Ley de ética gubernativa⁵⁷; en Uruguay en la Ley anticorrupción N° 17.06021 y en el Decreto N° 30/2003 —Normas de conducta en la función pública⁵⁸; en Perú en la Ley 28.175 —Ley marco del empleo público⁵⁹, en la Ley N° 27.815 —Código de ética de la función pública⁶⁰ y en el Decreto legislativo N° 276 que promulga la —La ley de bases de carrera administrativa y de remuneraciones del Sector Público⁶¹; en Bolivia en la Ley N° 2027/99 —Estatuto del funcionario público⁶² y la Ley N° 1178 De administración y control gubernamentales⁶³ y la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz.

Respecto al enriquecimiento ilícito de miembros de la función pública se considera que es deber del Estado el control de la gestión patrimonial durante el ejercicio de los cargos públicos como medio eficaz de prevención administrativa, en ese sentido el numeral 3 del Artículo 235 de la Constitución Política del Estado, establece como obligación de las servidoras y los servidores

⁵⁵ Arts. 2 y 3 (Deberes y pautas de comportamiento ético), arts. 13 al 17 (Incompatibilidades y conflicto de intereses), art. 18 (Régimen de obsequios a funcionarios públicos) y arts. 19 al 22 (Prevención sumaria).

⁵⁶ Título III —De la Probidad Administrativa], arts. 54 al 70.

⁵⁷ Arts. 4 al 6 (Principios, deberes y prohibiciones éticas), arts. 18 al 23 (Procedimiento para la aplicación de sanciones) y arts. 24 al 30 (Sanciones éticas).

⁵⁸ Arts. 8 al 38 (Principios generales, prohibiciones y faltas administrativas).

⁵⁹ Art. 2 (Deberes del funcionario), arts. 15 y 16 (Derechos y obligaciones), y arts. 19 al 21 (Régimen disciplinario).

⁶⁰ Arts. 6 al 8 (Principios, deberes éticos del servidor público y prohibiciones), y arts. 9 al 13 (Sanciones y procedimiento disciplinario).

⁶¹ Arts. 21 al 24 (Obligaciones, prohibiciones y derechos de los servidores públicos), y arts. 25 al 33 (Régimen disciplinario).

⁶² Arts. 8 al 11 (Deberes, prohibiciones, conflicto de intereses e incompatibilidades), arts. 12 al 15 (Ética pública) y 16 y 17 (Responsabilidad y régimen disciplinario).

⁶³ El Capítulo V (arts. 28 al 40) establece el régimen de responsabilidades en la función pública.

públicos presentar declaración jurada de bienes y rentas antes, durante y después del ejercicio del cargo.

3.2. La Contraloría General del Estado

El ejercicio de la función pública exige la custodia y preservación de recursos públicos. Por ello, el Estado como garante de la correcta distribución de los recursos públicos, debe establecer al interior de su estructura jurídica un organismo encargado del control y actuación de los entes públicos y en determinar la responsabilidad en los casos de mala administración en última instancia.

Las funciones de control interno son realizadas por un órgano o persona ubicadas dentro de la entidad pública, como auditoría interna. Por otro lado, el control externo se ejerce mediante la Contraloría General del Estado dentro de la estructura político-administrativa del Estado como órgano responsable de ejercer control de las actividades económicas y financieras del Estado y otras entidades descentralizadas.

El art. 217 de la CPE expresa: *“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 realizará asimismo sobre la adquisición, manejo y disposición de bienes y servicios estratégicos para el interés colectivo. II. La Contraloría General del Estado presentará cada año un informe sobre su labor de fiscalización del sector público a la Asamblea Legislativa Plurinacional”*

La redacción de esta norma vino a constituir un salto cualitativo en cuanto a la regulación jurídica, ya que a través de la nueva Constitución adquiere autonomía y completa independencia de los poderes del estado, esta institución posee funciones constitucionales y un ordenamiento jurídico propio que regula todas las actividades funciones, obligaciones, atribuciones de dicho órgano público, que es la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República cuya principal tarea consiste en la fiscalización del patrimonio público de todas las entidades del estado Boliviano así como también de ejecución y control del patrimonio del estado.

Es por eso que, la contraloría regula el uso de recursos públicos y de esta manera busca también prevenir la corrupción mediante procedimientos de revisión financiera, administrativa, y de auditoría interna externa y posterior. En este sentido, está estrechamente relacionado con el descubrimiento y persecución del delito de enriquecimiento ilícito, pues considera y contempla dentro sus funciones la dirección y coordinación de mecanismos y procedimientos destinados a

evitar que los funcionarios públicos cometan tales delitos dentro de su ámbito de funciones, especialmente a través de la declaración jurada de bienes y rentas.

3.2.1. La declaración jurada de bienes y rentas.

Dentro de la parte subjetiva de la función pública la contraloría estableció la declaración jurada de bienes y rentas como una de sus obligaciones y deberes que debe declarar todo funcionario público ante el ente regulador⁶⁴, según las modalidades y plazos previstos en la norma la declaración pública y periódica de los estados financieros de los funcionarios públicos, es uno de los mecanismos preventivos y más eficaces contra el delito de enriquecimiento ilícito en el sector público, ya que posibilita transparencia y conocimiento patrimonial de aquellos que ejercen la función pública siendo requisito legal y esencial con el objetivo de incrementar la confianza de la sociedad en los funcionarios públicos del país.

Al respecto, el art. 54 de la Ley del Funcionario Público – Ley No. 2027 expresa: *“Las declaraciones juradas de bienes y rentas deberán observar los principios de universalidad, obligatoriedad, periodicidad y transparencia. Las declaraciones juradas de bienes y rentas de los funcionarios públicos electos, designados, de libre nombramiento y aquellos de carrera especialmente determinados conforme a Reglamento, estarán además sometidos la principio de publicidad, pudiendo incluso el Órgano Rector del Sistema de Control Gubernamental, a efectos de verificación, solicitarles nuevas declaraciones juradas sobre sus bienes y rentas hasta un año después de haber determinado su vinculación con la Administración”*.

El antecedente de esta obligación tiene un sustento constitucional, específicamente en el numeral 3 del Artículo 235 de la Constitución Política del Estado, *“que establece como obligación de las servidoras y los servidores públicos prestar declaración jurada de bienes y rentas antes, durante y después del ejercicio del cargo”*. Con el objetivo de prevenir el delito de enriquecimiento ilegítimo, cuya declaración debe ser enviada a Sistema de Declaración Jurada de Bienes y Rentas dependiente de la Contraloría General del Estado Plurinacional de Bolivia creado por el mismo decreto a tal efecto⁶⁵. Además prevé que esta declaración de bienes y rentas debe realizarse al cese de sus funciones públicas dentro de un plazo de (30) días calendario desde el primer día de su desvinculación de la entidad pública⁶⁶. La CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA podrá solicitar nuevas declaraciones juradas de bienes y rentas hasta un año después de

⁶⁴ Este mismo deber ha sido previsto en el art. 8° inc. j) de la Ley 2027/99, Art 55° como una de las atribuciones de la Contraloría General del Estado.

⁶⁵ Decreto Supremo 1233 Artículo 18, se publica un resumen de la Declaración Jurada de Bienes y Rentas de todos los Servidores Públicos

⁶⁶ Decreto Supremo 1233 Artículo 4 parágrafo II

terminada su vinculación⁶⁷. Este mecanismo preventivo es coordinado con el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción proporcionándole la información necesaria para que cumpla con el plan piloto de verificación de las declaraciones Juradas de conformidad al Art. No. 233 de la Constitución Política Del Estado distinguiendo a estos Servidores Públicos de la siguiente manera: “*Son servidoras y servidores públicos las personas que desempeñan funciones públicas. Las servidoras y los servidores públicos forman parte de la carrera administrativa, excepto aquellas personas que desempeñen cargos electivos, las designadas y los designados, y quienes ejerzan funciones de libre nombramiento.*”

Electos: Presidente, Vicepresidente, Diputados, Senadores, Alcaldes, Concejales y Agentes municipales son elegidos en votación universal, directa, libre, secreta por el periodo que establece la constitución.

Designados: Ministros de Estado, Viceministros, Directores Generales y de servicios nacionales. Prefectos, Subprefectos y Corregidores, Fiscal General de la Republica, Contralor General, Superintendentes y Presidentes de Entidades autónomas, autárquicas y descentralizadas con intervención del Estado, Funcionarios Diplomáticos y Consulares. Ministros, Vocales y Jueces del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y los Consejeros de la Judicatura⁶⁸.

De libre Nombramiento: Designadas por la Máxima Autoridad Ejecutiva de una Entidad Pública para realizar funciones administrativas y técnico especializadas para los funcionarios electos y designados. Asesores generales, Coordinadores Generales, Jefes de Gabinete, Oficiales Mayores, Secretarios privados, ayudantes y personal de confianza nombrados por la MAE y el personal nombrado por el Presidente de la Republica.⁶⁹

En conclusión la declaración jurada de bienes y rentas constituye un elemento importante e instrumento preventivo y para detectar los delitos de enriquecimiento ilícito de servidores públicos.

La transparencia como elemento en un Estado de Derecho, se configura en algunos supuestos como lo hace el Decreto Supremo 1233 Artículo 18, *se publica un resumen de la Declaración Jurada de Bienes y Rentas de todos los Servidores Públicos a los funcionarios públicos la obligación de dar publicidad del contenido de los bienes que posee y movimientos financieros, para posibilitar para prevenir hechos de corrupción, y también para que sean controlados por los*

⁶⁷ Ley 2027 art. No. 54.

⁶⁸ https://www.powershow.com/CONTRALORIA_GENERAL_DEL_ESTADO_powerpoint_ppt_presentation.

⁶⁹ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic4_blv_CGE.ppt

proprios ciudadanos. Puede decirse que la publicidad es una manifestación concreta de la transparencia.

Se emplaza y condiciona la validez de la declaración jurada de bienes y rentas del funcionario público hasta el primer día hábil de ejercicio del cargo y en el término de 30 días calendario a partir de su primer día de desvinculación laboral con la entidad pública. Este requisito formal indica que la declaración jurada debe presentarse en dos oportunidades pero también puede ser requerida en cualquier momento y actualizada cada diez (10) años para las servidoras o servidores públicos que cumplan "Funciones educativas y de docencia", "Funciones de salud" y "Funciones de apoyo y servicio en la administración pública", Durante el año que los corresponda postular al ascenso de grado para los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Boliviana y finalmente anualmente para el resto de las servidoras y servidores públicos.

Respecto al procedimiento y contenido de las declaraciones juradas, la Máxima Autoridad Ejecutiva de cada entidad pública, deberá designar una servidora o servidor público de la Unidad de Recursos Humanos del nivel superior, como responsable del seguimiento de la Declaración Jurada de Bienes y Rentas⁷⁰, quien además de sus funciones, será responsable de supervisar el cumplimiento oportuno de la Declaración Jurada de Bienes y Rentas de las servidoras y servidores públicos de su entidad.

En relación al instrumental práctico (formulario), toda declaración jurada debe contemplar, a parte de los datos personales, cargo, institución que es llenado mediante la página de la Contraloría General del Estado.

Anterior al DS 1233 el año 1999 el Congreso de la Nación Boliviana tuvo la iniciativa de crear una ley que viniese a reforzar la obligación constitucional de prestar declaración jurada con el artículo 53 de la Ley N° 2027, Esta ley contiene sanciones y disposiciones más efectivas que instan y obligan a los funcionarios a presentar su declaración jurada de bienes y rentas, Además, con la promulgación de la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010, Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz", el art 33, la cual considera hecho grave la falsificación de cualquier dato en la declaración jurada, teniendo como consecuencia la privación de libertad de uno a cuatro años y multa de cincuenta a doscientos días.

Por último, cabe mencionar que el artículo 149 del Código Penal, modificado por el artículo 34 de la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010, señala que la servidora o el servidor público que conforme

⁷⁰ D.S. No. 1233 de mayo de 2012

a la Ley estuviere obligado a declarar sus bienes y rentas a tiempo de tomar posesión o a tiempo de dejar su cargo en caso de incumplimiento será sancionado con multa de treinta días.

3.2.2. El registro de las declaraciones juradas.

Por mandato del art. 213 de la Constitución Política del Estado, señala que la Contraloría General del Estado el cual ejerce la función de control de la administración de las entidades Públicas que mediante la Máxima Autoridad Ejecutiva de cada entidad pública quien debe designar una servidora o servidor público de la Unidad de Recursos Humanos del nivel superior, como responsable del seguimiento de toda Declaración Jurada de Bienes y Rentas conforme lo establece el DS No. 1233 en el art. No. 13, de igual manera el responsable tiene la obligación de el seguimiento y remitir informes trimestrales a la Máxima Autoridad Ejecutiva de la entidad para su archivo físico (examinando previamente para establecer cumplimiento de los tiempos y aspectos formales exigidos por ley), y para tal efecto, crea un registro que sirve de base de datos. La obligatoriedad establecida en la Constitución ha constituido un gran avance en la lucha contra la corrupción destacando que se permite el acceso irrestricto de tales documentos a los ciudadanos de acuerdo al principio de publicidad.

Todo Estado democrático bajo los principios de transparencia, adecuándose a los convenios internacionales ha promovido que la transparencia de las acciones estatales como punto de partida del proceso de democratización del poder público, en este sentido el Estado boliviano en el marco de la lucha contra la corrupción, respecto a las declaraciones de Bienes y Rentas la Ley 004 en el artículo 23 dispone que el Sistema Integrado de Información Anticorrupción y de Recuperación de Bienes del Estado - SIIARBE, a cargo del Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción, tendrá dentro de sus atribuciones la verificación de oficio de las declaraciones juradas de bienes y rentas de aquellos servidores públicos clasificados de acuerdo a indicadores, parámetros y criterios definidos por las entidades relacionadas con la lucha contra la corrupción. Asimismo, el delito de Enriquecimiento Ilícito tipificado por el artículo 27 del mismo cuerpo normativo, que establece: *“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”*.

DECRETO SUPREMO 2065 – REGLAMENTO DEL SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACION ANTICORRUPCIÓN Y DE RECUPERACIÓN DE BIENES DEL ESTADO “SIIARBE” En

cumplimiento del párrafo III del artículo 23 de la Ley N° 004 de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas, establece como unidad organizacional multidisciplinaria dependiente del Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción, tiene como objeto la centralización e intercambio de información a través de la gestión de información en línea, coadyuvando en la Verificación de Oficio de Declaraciones Juradas de Bienes y Rentas para este cometido, desarrolla un sistema informático o plataforma electrónica misma que destina un componente para la verificación de oficio. En conclusión la Declaración jurada es una herramienta utilizada en nuestro país para prevenir los actos de corrupción.

4. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA BOLIVIANA.

El funcionario público es un sujeto que tiene una relación de sujeción con el Estado, el cual le impone deberes, obligaciones y prohibiciones con el fin de un correcto ejercicio sus funciones. Pese a que estos preceptos están previstos en la ley, estos no siempre son cumplidos ya que existen fenómenos como la corrupción que utilizan a su favor las deficiencias del sistema, como también las deficiencias del funcionario, consiguiendo que estos últimos se desvíen de sus funciones para cometer actos ilícitos, ante estas situaciones, se hizo necesario que toda función pública disponga de un marco legal preventivo que defina las infracciones y sanciones administrativas con el objetivo de que los funcionarios públicos que incumplan sus funciones y usen su posición para obtener beneficios indebidos. Este es el fundamento estructurado por el Derecho Administrativo que le permite mantener el orden interno organizado y el poder de imponer sanciones a los funcionarios que incumplan esta normativa.

El Derecho penal por otro lado junto al Derecho administrativo sancionador es la manifestación de un sistema de control social con el objetivo de prevenir y reprimir conductas funcionales desviadas y garantizar a todos los ciudadanos de un país el ejercicio correcto de sus derechos. En este sentido dentro de las conductas ilícitas cometidas por los funcionarios públicos, observamos al legislador el establecimiento de un sistema unitario sancionador integrado por un régimen de infracciones y sanciones previstas y establecidas en las leyes o estatutos de función pública y el conjunto de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones contemplados en el código penal, los que tienen la finalidad de proteger un bien jurídico.

En Bolivia, el sistema sancionador que tiene la función de prevenir y reprimir las conductas ilícitas cometidas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones fundamentado constitucionalmente. Al respecto, el art. 235 de la CPE expresa: *“Son obligaciones de las servidoras y los servidores públicos: 1. Cumplir la Constitución y las leyes. 2. Cumplir con sus*

responsabilidades, de acuerdo con los principios de la función pública. 3. Prestar declaración jurada de bienes y rentas antes, durante y después del ejercicio del cargo. 4. Rendir cuentas sobre las responsabilidades económicas, políticas, técnicas y administrativas en el ejercicio de la función pública. 5. Respetar y proteger los bienes del Estado, y abstenerse de utilizarlos para fines electorales u otros ajenos a la función pública”. Esta norma constitucional legitima al legislador la introducción dentro del ordenamiento jurídico un sistema de sanciones asentado en la responsabilidad producida por las conductas ilícitas realizadas por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, que según nuestro sistema normativo puede ser: **1) Responsabilidad Ejecutiva. 2) Responsabilidad Administrativa. 3) Responsabilidad Civil. 4) Responsabilidad Penal.**

Aunque la CPE no sea expresa al principio de legalidad de la potestad administrativa sancionadora, su facultad se encuentra implícita en el artículo precedentemente citado, puesto que siendo establecido la responsabilidad administrativa del funcionario público que ha cometido transgresiones en el desempeño de sus funciones.

Actualmente se ha registrado la aplicación de ciertos principios del derecho penal administrativo sancionador, pues la doctrina y la jurisprudencia evidencian que en algunos casos es imposible trasladar en bloque de las garantías que limitan la *jus puniendi* debido a la aplicación de las garantías del procedimiento administrativo sólo es posible si resultan en su naturaleza compatibles.

4.1. Faltas y sanciones Administrativas previstas en la Ley del Funcionario Público y la Ley de Administración y Control Gubernamentales (SAFCO).

Las faltas administrativas son aquellas conductas de los funcionarios públicos que son tipificados como el incumplimiento de sus deberes funcionales, estos hechos o conductas, definidas en las leyes de función pública, hacen incurrir a los funcionarios en responsabilidades de carácter ejecutivo, administrativa, civil y penal. El Estado boliviano ha introducido el régimen disciplinario de los funcionarios públicos dentro de la Ley 2027 CAPÍTULO IV rotulado como: Sobre Responsabilidad y Régimen Disciplinario aclarada por la Ley 1178 arts. 28 de esta ley cuyo objeto del régimen sancionador de la función pública establece que todo funcionario incurre en responsabilidad administrativa “*cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico-administrativo y las normas que regulan la conducta funcionaria del servidor público. Se determinará por proceso interno de cada entidad que tomará en cuenta los resultados de la auditoría si la hubiere. La autoridad competente aplicará, según la gravedad de la falta, las sanciones de: multa hasta un veinte por ciento de la remuneración mensual; suspensión hasta un*

máximo de treinta días; o destitución". Estos incumplimientos normativos traen consigo como consecuencia la aplicación de las sanciones disciplinarias determinadas en conformidad a la gravedad de la falta cometida de acuerdo al Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública, 3 de noviembre de 1992.

Las sanciones disciplinarias a ser aplicadas a este tipo de faltas están dispuestas en el la Ley SAFCO - Capítulo V rotulado como Responsabilidad por la función pública, art.29: a) La autoridad competente aplicará, según la gravedad de la falta, las sanciones de: multa hasta 20% de la remuneración mensual; suspensión hasta treinta días máximo; o destitución. Todas las sanciones descritas requieren la comprobación de los supuestos previstos en la ley en el marco de un sumario administrativo que respete la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales y procesales el cual prescribe en un lapso de dos años cometida la contravención y que exime de toda la responsabilidad en caso de ser probada la decisión en procura de mayor beneficio y en resguardo de los bienes de la entidad.

4.2. El sumario administrativo.

De conformidad al régimen disciplinario previsto en el DS 23318-A del 3 de noviembre de 1992 y modificado por 26237 de 29 de junio de 2001, los funcionarios que cometan faltas administrativas en el ejercicio del cargo público son pasibles a ser sancionados con medidas disciplinarias de carácter administrativo y no de carácter judicial dentro el ejercicio jurisdiccional no obstante, el ejercicio de la potestad disciplinaria debe estar sometido a principios y procedimientos para ello se utiliza el procedimiento sumarial que se configura como autentica garantía de los derechos del supuesto responsable para la correcta actuación de la potestad disciplinaria.

El sumario administrativo es instruido ante la supuesta existencia de una irregularidad administrativa puede detectarse a través de diversos medios según el Decreto Supremo No. 26237 de 29 de junio de 2001 modifica el Decreto Supremo N° 23318-A, en sus artículos 12, 14, 15, 16, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y párrafos I), III), IV), V), VI), IX), XI) del artículo 2. señalando de manera general el procedimiento a seguir para el establecimiento de responsabilidad administrativa por la función pública de los funcionarios o ex funcionarios, autoridad legal competente, sujetos de responsabilidad administrativa, prescripción, procesos interno, sumariante, plazos, impugnación, recurso de revocatoria, recurso jerárquico, excusas y recusaciones, prueba en impugnación, resolución del recurso jerárquico, plazo para dictar resolución y características de las resoluciones ejecutoriadas.

Cuando se conoce una irregularidad funcionaria el cual puede ser por denuncia, de oficio o basado en un dictamen dentro la entidad⁷¹ ante el sumariante quien es la autoridad legal competente quien esta obligado a la individualización a los supuestos sujetos responsables y suficientes elementos de prueba que demuestren la comisión de una falta administrativa disponer la iniciación del proceso o pronunciarse en contrario con la debida fundamentación.

La Autoridad Sumariante, es designada en virtud al Decreto Supremo 23318-A, por la Máxima Autoridad Ejecutiva, en la primera semana hábil del año⁷². Las facultades del Sumariante están especificadas en el Artículo 21 del Decreto Supremo N° 26237 modificación al Reglamento de Responsabilidad por la Función Pública.

Se establecen indicios de responsabilidad administrativa cuando las actividades y operaciones que realicen los servidores públicos vayan en desmedro de la normativa que regula la administración pública o cuando no realiza una actividad que la normativa le obliga a cumplir imperativamente.

Las etapas del proceso sumario son la etapa sumarial y la etapa de impugnación, a su vez esta segunda etapa se constituye por los recursos de revocatoria y jerárquico. La primera etapa es de conocimiento de la autoridad sumariante donde se lleva adelante la investigación con el Auto Inicial de Proceso Sumario y finaliza con el Auto Final de Proceso Sumario, la segunda etapa de impugnación, consta del recurso de revocatoria donde el sumariante debe confirmar o revocar el Auto Final Sumario y finalmente el recurso jerárquico que es la valoración de la máxima autoridad ejecutiva de la entidad en el caso de funcionarios provisorios y de la Superintendencia del Servicio Civil en el caso de funcionarios de carrera.

En los procesos internos contra funcionarios de carrera este recurso debe ser interpuesto por el interesado ante la misma autoridad administrativa que dictó el recurso de revocatoria (Sumariante) y éste deberá de ser elevado ante el Superintendente del Servicio Civil para su admisión, conocimiento y resolución. Por otro lado en los procesos internos contra funcionarios provisorios la autoridad conoce y resuelve el recurso jerárquico es la misma autoridad que resolvió el recurso de revocatoria (sumariante) quién concederá el recursos en efecto suspensivo

⁷¹ BOLIVIA, Decreto Supremo N° 26237 de 29 de junio de 2001 Modificación del Reglamento de Responsabilidad por la Función Pública Artículo 18 (Proceso interno) Es el procedimiento administrativo que se incoa a denuncia, de oficio o en base a un dictamen dentro de una entidad a un servidor o ex servidor público a fin de determinar si es responsable de alguna contravención y de que la autoridad competente lo sancione cuando así corresponda. Consta de dos etapas: sumarial y de impugnación, que a su vez se constituye por los recursos de revocatoria y jerárquico"

⁷² B OLIVIA, Decreto Supremo N° 26237 de 29 de junio de 2001 Modificación del Reglamento de Responsabilidad por la Función Pública, artículo 12 (autoridad legal competente)

(con la remisión de todos los actuados) ante la máxima autoridad ejecutiva de la entidad, quién resolverá el recurso jerárquico.

Las sanciones administrativas son impuestas por la autoridad sumariante quien es la autoridad legal competente, según la gravedad de la falta, a su criterio aplicará las sanciones de: multa hasta un 20% de la remuneración mensual; suspensión hasta un máximo de 30 días (sin goce de haberes lo contrario significaría vacaciones); o destitución⁷³.

A causa de la reglamentación genérica existen vacíos jurídicos que pueden atentar contra principios constitucionales, que presenta este tipo de procesos, no prevé todos actuados procesales ni la etapas correspondientes, en muchos casos se debe aplicar por analogía ciertos pasos procedimentales y a pesar de la existencia de una Ley de Procedimiento Administrativo, en esta etapa que lleve estos procesos, se necesita de un Reglamento específico para llevar adelante un proceso por responsabilidad administrativa por tener sus características propias.

Una de las sanciones más agresivas que prevé la normativa administrativa, es la destitución del Servidor Público, cuya falta contravenida debe vulnerar gravemente la normativa administrativa, pudiéndose recurrir a los recursos de impugnación, pero en la realidad al ser desconocida la norma y muy general y que pudiera en muchos casos ser mal entendido y a veces aplicado con fines políticos, hace que los funcionarios públicos se encuentren en estado de indefensión frente a este tipo de procesos.

5. VALORACIÓN DE LOS ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL SISTEMA ADMINISTRATIVO BOLIVIANO RESPECTO A LOS MECANISMOS PREVENTIVOS CONTRA LOS HECHOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA Y LOS DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

En los previos apartados se han identificado los distintos mecanismos jurídico administrativos previstos en el derecho positivo del estado boliviano para contrarrestar el crecimiento de la corrupción pública y el enriquecimiento ilícito de los miembros de la función pública específicamente, por lo cual corresponde identificar aspectos positivos y negativos cuyo objetivo es el de verificar el grado de efectividad preventiva

En el lado positivo, cabe señalar que el respaldo constitucional a la regulación del sistema funcional y sancionador del sector público en la gestión pública (arts. 112 de la CPE). El Estado Boliviano ha sancionado con el objetivo de regular la situación jurídica de los funcionarios del sector público, que se fundamenta en los principios de igualdad y legalidad, transparencia,

⁷³ BOLIVIA, Ley 1178 Ley de Administración y Control Gubernamental de 20 de julio de 1990, artículo 29°

responsabilidad y eficacia de la gestión pública. Dentro de los cuerpos normativos antes mencionados incluyen una serie de derechos obligaciones y prohibiciones para regular las actividades de los funcionarios. De esta manera, se cumplen dos tareas básicas: primero, como disuasivo de la conducta corrupta como marco rector, definiendo el alcance del ejercicio legalmente permitido de sus funciones, y segundo, puede promover la mejora continua del desempeño y la calidad de los servicios públicos, asistidas por un sistema de sanciones que se aplica de acuerdo con la gravedad de la infracción administrativa

Esta medida preventiva es sumamente importante para desalentar los excesivos incrementos injustificados del patrimonio de los miembros de la función pública, por otro lado consideramos acertado que la Constitución haya permitido que el patrimonio de los funcionarios públicos sea fiscalizado no solamente por el Contralor General Del Estado, órgano público con autonomía funcional y administrativa independiente a instituciones y poderes del Estado, que según la Constitución y el marco legal que reglamenta su estructura orgánica, tiene la facultad de recibir, controlar y fiscalizar el estado patrimonial de los funcionarios públicos.

INICIATIVAS POLÍTICAS Y DERECHO CONTRA EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA PREVISTO Y PENADO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE

1. ESTRUCTURA NORMATIVA.

El estudio de los antecedentes legislativos del delito de Enriquecimiento Ilícito nos permitirá identificar los orígenes políticos criminales que han sido el motivo por el cual este delito se introdujo dentro del derecho positivo boliviano. Este delito vigente actualmente en la legislación boliviana como nuevo tipo penal tiene como antecedente el momento en que Bolivia optó por la implementación de una de las leyes más importantes y poco conocida como es la Ley de 17 de noviembre de 1941 La ley de 17 de noviembre de 1941, fue promulgada por el gobierno del Gral. Enrique Peñaranda C., dirigida a Representantes Nacionales, Ministros de Estado, Miembros del Poder Judicial, Agentes Diplomáticos etc. Esta ley está dirigida a “funcionarios públicos” que se enriquecieran ilícitamente. Al respecto la norma señala lo siguiente: *“Artículo 1. El Presidente de la República, Representantes Nacionales. Ministros de Estado, Miembros del Poder Judicial, Agentes Diplomáticos, y Consulares y en general los funcionarios y empleados públicos de las listas civiles, eclesiásticas y militares, nacionales, departamentales, municipales o de entidades autónomas, cualquiera que fuere su categoría, que se enriquecieran directamente o por interpuesta persona a consecuencia del ejercicio de su cargo o de la influencia derivada del mismo”*. Según el analista jurídico Andrés Solíz Rada, “esta ley curiosamente no fue abrogada ni derogada hasta hoy”⁷⁴, la mencionada ley imponía una pena privativa de libertad de dos a diez años e inhabilitación para ejercer cargo públicos. Pero podría actualmente la ley perdió su aplicabilidad, ya que cuando crea un denominado “Registro Nacional de bienes de Funcionarios Públicos”, anexo al Ministerios de Justicia y con asiento en todas las capitales de Departamento. Actualmente todas estas instancias no son consideradas.

1.1. La ley SAFCO, Ley de Administración y Control Gubernamental, N° 1178.

Misma que fue promulgada el 20 de julio de 1990 con el objeto de programar, organizar, ejecutar y controlar la captación de recursos públicos y el uso eficiente de los mismos con el objetivo de alcanzar los objetivos de las políticas, programas, proyectos y prestación de servicios del sector público cuyo ámbito de aplicación es la regulación de los sistemas de administración y control de los recursos estatales y la relación con los sistemas nacionales encargados de la planificación e

⁷⁴ FUNDEMOS. Investigación de fortunas: contribuciones al debate: opiniones y análisis. p. 13.

inversión pública, con esta norma el legislador pretendía regular el correcto ejercicio de las funciones públicas y los deberes éticos del funcionario, los cuales al no ser cumplidos correctamente ponía en vilo la confianza ciudadana; buscando que se pueda impedir o identificar y comprobar el manejo incorrecto de los recursos del Estado.

La ley SAFCO establece también los sistemas a nivel nacional de control y administración de los recursos del estado y la planificación e inversión pública, está compuesto por siete capítulos dentro de los cuales el más relevante para nuestro tema es el referente a la Responsabilidad por la función Pública, el funcionamiento de la Contraloría General de la Republica (art. 1).

1.2. Ley de Modificación al Código Penal

La Ley N° 1768 de el año 2007, “La Ley de Modificaciones al Código Penal”, estableció modificaciones respecto a la Legitimación de las Ganancias ilícitas, que es entendido como aquel que adquiera, transfiera ya sea bienes recursos o derechos procedentes de delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de funciones o aquellos delitos cometidos por organizaciones criminales, cuya finalidad sea la de esconder o encubrir su naturaleza, destino, ubicación o verdadera propiedad. (Art. 185 ter).

1.3. Régimen Administrativo de la Legitimación de Ganancias Ilícitas.

Este instrumento sirvió para la creación de la Unidad de Investigaciones financieras, la cual forma parte de la estructura orgánica de la ASFI “Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (art. 185 ter, Ley N° 1768). Además estableció que las entidades financieras y el funcionario que contravenga las obligaciones estipuladas en las normas del sistema financiero boliviano para que se sometan a sanciones de tipo administrativo.

1.4. Ley del Estatuto del Funcionario Público.

Esta ley fue promulgada en octubre de 1999, Ley N° 2027 es de importancia relevante puesto que regula la conducta de los servidores públicos (Art. 1 EFP), y tiene por objeto regular la relación del Estado con sus servidores públicos, garantizar el desarrollo de la carrera administrativa y asegurar la dignidad, transparencia, eficacia y vocación de servicio a la colectividad en el ejercicio de la función pública, así como la promoción de su eficiente desempeño y productividad. (Art. 2)

El Estatuto del Funcionario Público, establece los derechos y deberes, responsabilidad, el régimen disciplinario y disposiciones generales sobre la carrera pública, prohibiendo conductas en las que se reciban cualquier tipo de dádiva o regalo.

1.5. Ley de Procedimiento Administrativo.

Conocida como la Ley N° 2341 promulgada el 23 de abril de 2002, cuyo objeto es: a) Establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público así como la impugnación de las actuaciones administrativas que vulneren los derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados. (Art. 1)

Ámbito de Aplicación: a) El Poder Ejecutivo, que comprende la administración nacional, las administraciones departamentales, las entidades descentralizadas o desconcentradas y los Sistemas de Regulación SIRESE, SIREFI y SIRENARE; y Gobiernos Municipales y Universidades Públicas. (Art. 2).

El objetivo de esta norma es regular las actividades y procedimientos administrativos del sector público mediante estipulaciones referentes a los procedimientos administrativos, excusas, recusaciones derecho de las personas y de los administrados, actos administrativos y sus requisitos, nulidad y anulabilidad. Además de el procedimiento administrativo general su tramitación y procedimiento, procedimientos de recursos administrativos y procedimiento sancionador.

1.6. Estructura de la Organización para la Lucha contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito

A través del Decreto Supremo N° 28695, el cual tiene dentro de los objetivos relevantes para el tema la creación del Consejo Nacional de Lucha contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito y la investigación de fortunas, para garantizar una efectiva acción contra las diferentes y diversas formas de corrupción en la Administración Pública. (art.1 DS. 28695). Cuyo ámbito de aplicación es obligatorio en toda la Administración Pública a nivel del Estado central, poder ejecutivo y a nivel departamental, municipal y el conjunto de instituciones y empresas. (art.2 DS), el cual cambió de nombre a Consejo Nacional de Lucha contra la Corrupción, el Enriquecimiento Ilícito y Legitimación de Ganancias Ilícitas, mediante la ley No. 004.

Estructura del Consejo Nacional:

El Consejo Nacional de Lucha contra la Corrupción, el Enriquecimiento Ilícito y Legitimación de Ganancias Ilícitas.

El Ministerio Público de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción.

Ministerio de Gobierno

Ministerio Público

Contraloría General del Estado

Unidad de Investigaciones financieras

Procuraduría General del Estado

Representantes de la Sociedad Civil Organizada de acuerdo a los arts. 241 y 242 de la CPE.

Dentro de sus atribuciones esta el proponer, supervisar y fiscalizar las políticas públicas orientadas a prevenir y sancionar los actos de corrupción para proteger y recuperar el patrimonio del Estado.

Función y Deberes de los Fiscales Anticorrupción, se rigen por la Constitución Política del Estado; el Código de Procedimiento Penal; Ley Orgánicas del Ministerio Público; Ley de Organización Judicial. Asimismo, tienen los siguientes deberes: Recibir denuncias de personas naturales o jurídicas, actuar de oficio dictando requerimientos bien fundamentados con el fin de abrir investigaciones preliminares y solicitud de medidas precautorias, e imputar formalmente los hechos en un término de 3 meses, acusar a los imputados, coordinar con el Consejo Nacional y requerir resoluciones fundamentadas para el inicio de la acción penal. (art.11 DS 28695) Juzgados, por otro lado, en lo que respecta al Consejo de la Judicatura y Tribunal Supremo de Justicia, Tribunales Departamentales de Justicia tienen la responsabilidad de coadyuvar en el marco de sus competencias. (art.12 DS. 28695)

La Unidad de Inteligencia Financiera y Patrimonial.

Depende del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas , se encarga de normar el régimen de Lucha Contra el Lavado de dinero y financiamiento al Terrorismo sus funciones son: realizar tareas de inteligencia financiera y patrimonial, solicitar, recopilar, analizar y verificar información financiera y patrimonial a través de cualquier medio legal, coordinar con el Ministerio público, policía nacional y tribunales de justicia para tomar acciones que aseguren la prevención y seguimiento de los hechos delictivos. Exigir a las autoridades competentes que investiguen y procesen las pruebas, y propongan políticas para combatir la legalización de las ganancias y el enriquecimiento ilícito (art.495 Ley 393 de 21 de agosto de 2013).

La Contraloría General de la Republica, como administradora del Sistema de Declaración Jurada de Bienes y Rentas, establece los mecanismos de control y función de la Declaración Jurada de Bienes y Rentas, (art.19 DS 28695). Además de establecer la estructura y organización de la

lucha contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito y *las instituciones nacionales de lucha contra la corrupción, el presente Decreto Supremo, estableció la Verificación de la Declaración Jurada de Bienes y Rentas*⁷⁵

1. 7. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

La CPE dentro las innovaciones que presenta, aprobada el año 2009, se estableció la participación y control social, la ética en el accionar de los servidores públicos, el buen uso de los recursos y bienes públicos, promoción de la transparencia y lucha contra la corrupción; se garantiza el derecho al acceso a la información y la obligatoriedad de las autoridades electas de rendir cuentas.

Garantías Jurisdiccionales, Efecto Retroactivo, se establece que la ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando beneficia al trabajador; en materia penal, cuando beneficia al imputado y; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado y lo establecido por la Constitución. (art.123 CPE)

Funciones de la Procuraduría General del Estado, además de las establecidas por la Constitución y las leyes, insta a la Fiscalía General del Estado al ejercicio de las acciones judiciales a que hubiera lugar por los delitos cometidos contra el patrimonio público de los cuales tenga conocimiento. (Art. 231 CPE).

Obligaciones de los Servidores Públicos, son obligaciones de los servidores públicos, respetar y proteger los bienes del Estado, abstenerse de utilizarlos para fines electorales u otros ajenos a la función pública. (Art. 235 inc. 5 CPE) *Política Fiscal, Prescripción*, no prescribirán las deudas por daños económicos causados al Estado. (Art. 324 CPE) Los articulados previamente referenciados en la CPE⁷⁶, así como también, los referidos a la Transparencia Institucional, artículos 93, 115, 180, 213 y 232; los mencionados al Control Social, artículos 18, inc. III, 20, inc., II, 26, 40, 231 inc., 6, 241, 242 y 309; a la Rendición Pública de Cuentas 93, 235 inc. 2, y; los relacionados a Recuperación de Bienes del Estados, artículos 231 inc. 1, 298 inc. 13, 234, 339; coadyuvarán a la prevención de los delitos de enriquecimiento ilícito y lucha contra la corrupción establecidas en

⁷⁵ Decreto Supremo N° 28695, Estructura de la Organización para la Lucha contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, Ed. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia

⁷⁶ Compendio Normativo del Sistema Legal del Estado, Constitución Política del Estado, Ed. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional, Edición oficial, La Paz, 2009

la Política Nacional de Transparencia y Lucha contra la Corrupción establecida mediante Decreto Supremo N° 214 es parte del Plan Nacional de Desarrollo de Gestión.

1. 9. Política Nacional de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, PNTLC.

Mediante Decreto Supremo N° 214 es parte del Plan Nacional de Desarrollo de Gestión Pública y Transparencia del Sistema de Planificación Integral del Estado Plurinacional, cuyo objetivo es erradicar la corrupción institucionalizada fue aprobado el año 2007⁷⁷, su objetivo es de: cero tolerancia a la corrupción e impunidad, la lucha contra la corrupción, esto incluye represión de los comportamientos que dañan los intereses y recursos públicos, así como la implementación de políticas de transparencia y prevención y proteger los bienes y el patrimonio nacional del Estado..

1.10. Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, Ley N° 004 La ley Marcelo Quiroga Santa Cruz

Esta norma fue aprobada el 31 de marzo de 2010, considerada como la ley marco y referente de los delitos de enriquecimiento ilícito, Ley No. 004 que es la norma central sobre la lucha contra la corrupción en Bolivia, especialmente en relación a las entidades responsables del delito de enriquecimiento ilícito (cap. II), entre ellos el Consejo Nacional de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito y Legitimación de Ganancias Ilícitas, juzgados y tribunales anticorrupción, fiscales anticorrupción, y un Sistema Integrado de Información Anticorrupción y de Recuperación de Bienes del Estado (SIARBE) creado mediante D.S. N° 2026 de 23 de julio del año 2014.

Objetivo, es *“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”*.(art. 1)

Finalidad, su finalidad es: *“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”*. (Art. 3)

⁷⁷ Decreto Supremo N° 29272, Ed. Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2007

La Defensa del Patrimonio del Estado, “*Se rige por la obligación constitucional que tiene toda boliviana o boliviano de precautelar y resguardar el patrimonio del Estado, denunciando todo acto o hecho de corrupción*”. (Art. 4)

Ámbito de Aplicación, la presente ley se aplica a: 1) “*Los servidores y ex servidores públicos de todos los órganos del Estado Plurinacional, sus entidades e instituciones del nivel central, descentralizadas o desconcentradas, y de las entidades territoriales autónomas, departamentales, municipales, regionales e indígena originario campesinas. 4) Entidades u organizaciones en la que el Estado tenga participación patrimonial, independientemente de su naturaleza jurídica. 5) Personas privadas, naturales o jurídicas y todas aquellas personas que no siendo servidores públicos cometan delitos de corrupción causando daño económico al Estado o se beneficien indebidamente de sus recursos. La ley, no reconoce inmunidad, fuero o privilegio alguno, debiendo ser de aplicación preferente.*” (Art. 5).

Asimismo, se establece crear: El Consejo Nacional de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito y legitimación de Ganancias Ilícitas. (Art. 6) El Control Social, ejercido para prevenir y luchar contra la corrupción; podrán participar del control social todos los actores sociales, de manera individual y colectiva. (Art. 9) Los Tribunales y Juzgados Anticorrupción, tendrán competencia para conocer y resolver procesos penales en materia de corrupción y delitos vinculados. (Art. 11) Fiscales Especializados Anticorrupción, el Fiscal General del Estado, conforme a la Ley Orgánica del Ministerio Público, designará en cada departamento a los fiscales especializados y dedicados exclusivamente a la investigación y acusación de los delitos de corrupción y delitos vinculados. (Art. 12)

Investigadores Especializados de la Policía Boliviana, dentro de una División de Lucha contra la Corrupción en cada Departamento y actuaran bajo la dirección de los fiscales. (Art. 13)

La Obligación de Constituirse en parte Querellante, la máxima autoridad ejecutiva de la entidad afectada o las autoridades llamadas por ley, deberán constituirse obligatoriamente en parte querellante debiendo promover las acciones legales ante las instancias competentes; su omisión importara incurrir en el delito de incumplimiento de deberes. (Art. 14)

Protección de los Denunciantes y Testigos, se establece el Sistema de Protección de Denunciantes y Testigos, a cargo del Ministerio de Gobierno, la Policía Boliviana y, el Ministerio Publico. (Art. 17)

Atribuciones de la Unidad de Investigaciones Financieras, son atribuciones de oficio, analizar y realizar actividades de inteligencia financiera y patrimonial, para identificar presuntos hechos o

delitos de corrupción y remitir los resultados y antecedentes al Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción, Procuraduría General del Estado, Ministerio Público y autoridad jurisdiccional cuando así corresponda. (Art. 18)

Se crea el mediante DS 2065 Sistema Integrado de Información Anticorrupción y de Recuperación del Bienes del Estado, SIIARBE a cargo del Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional a través del Viceministerio de Transparencia y Lucha contra la Corrupción se promulgó la creación de Nuevos Tipos Penales: uso indebido de bienes y servicios públicos; enriquecimiento ilícito; enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado; favorecimiento al enriquecimiento ilícito; cohecho activo transnacional; cohecho pasivo transnacional; obstrucción a la justicia; falsedad de la declaración jurada de bienes y rentas. (Art. 25), y la Ley N° 1390 de 27 de agosto de 2021 Ley de Fortalecimiento para la Lucha Contra la Corrupción.

Modificaciones e Incorporaciones al Código Penal, se modifican los artículos 105, 142, 144, 145, 146, 147, 149 que fue derogado por la ley N° 1390, 150, 151, 152, 153 154, 157, 173, 173 bis que fue derogado por la ley N° 1390, 174, 177, 185 bis, 221, 222, 224, 225, 228 que fue derogado por la ley N° 1390, 229, y 230 del Código Penal y, se incorporan los artículos 150 bis que fue derogado por la ley N° 1390 , 172 bis, 228 bis. (Art. 34)

Inclusiones y Modificaciones al Código de Procedimiento Penal, se incluyen los artículos: 29 bis, 91 bis, 148 bis, 253 bis y, 344 bis. (Art. 36).

Modificaciones al Código Civil, se modifican los artículos 1502, 1552 y 1553. (Art. 39). Inclusión en la Ley Orgánica del Ministerio Público, el numeral 36 del artículo 36. Para concluir, se constituyó en la normativa marco de la lucha contra la corrupción por la exención del secreto o confidencialidad, el secreto bancario para investigación de delitos de corrupción con la finalidad de evitar hechos de corrupción y acabar con la impunidad.

Y la derogación de las siguientes disposiciones: numerales 5,6 del art. N° 25, art. N° 30 u art. N° 31 de la Ley N° 004, los Arts. 36, 96, 149, 150 Bis., 228 y 228 bis del Código Penal.

1.11. Ley de Participación y Control Social

La Ley N° 341⁷⁸, -aprobada el 5 de febrero del 2013, su objeto es la de establecer el marco general de las Participación y Control Social. Contiene los siguientes fines: a) Transparentar la gestión pública y el apropiado manejo de los recursos públicos del Estado. b) Fomentar y fortalecer las formas de Participación y Control Social de los sectores sociales, sindicatos, juntas vecinales,

⁷⁸ Ley de Participación y Control Social, Ley N° 341, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 5 de febrero, 2013

naciones y pueblos indígenas, comunidades interculturales, en la formulación, seguimiento a la ejecución y evaluación de políticas públicas del Estado, de acuerdo a su propia organización, procedimientos propios y forma de gestión. (Art. 3)

1.12. Ley de Unidades y Transparencia y Lucha contra la Corrupción, Ley N° 974.

La cual fue aprobada el 4 de septiembre 2017, tiene por objeto, regular el funcionamiento de las unidades de transparencia y lucha contra la corrupción en el Estado Plurinacional de Bolivia y, su coordinación con el Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional. (Art. 1).

Ámbito de Aplicación, es en todas las entidades y empresas públicas o cualquier entidad en la cual el Estado tenga participación accionaria. (Art. 3)

Además establece, la responsabilidad de las Unidades de Transparencia y Lucha contra la Corrupción en el Nivel Central del Estado; las Unidades de Transparencia y Lucha contra la Corrupción en Entidades Territoriales Autónomas; Unidades de Transparencia y Lucha contra la Corrupción en otras entidades del Estado; el Consejos Mancomunados de Transparencia y Lucha contra la Corrupción; las Funciones; la Designación de Responsables de las Unidades; Requisitos; Responsabilidad; Información de Procesos de Contratación; la Coordinación entre el Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional y las Unidades de Transparencia y Lucha contra la Corrupción; Seguimiento y Monitoreo; Gestión de Denuncias; Sistemas de Información; Coordinación entre el Ministerio de Justicia y Unidades de Transparencia; Obtención de Información y Confidencialidad.

1.13. Reglamento de la Unidad de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, Resolución Administrativa N° ASFI/7/2018

La cual fue aprobada el 10 de enero 2018, resuelve: La recepción de Denuncias, la Unidad de Transparencia y Lucha contra la Corrupción deberá registrar toda denuncia recibida o iniciada de oficio, asignando un número o código, manualmente o a través de un sistema informático y en un plazo de cinco días hábiles determinará la admisión o rechazo, cumplimiento de requisitos establecidos conforme al artículo 22 de la Ley N° 974. (Art. 22 RUTLCC) Admisión de Denuncia, la Unidad de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, emitirá pronunciamiento fundamentado disponiendo la admisión de la denuncia, cuando verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 22 de la Ley N° 974. (Art. 23 RUTLCC) Rechazo de Denuncia, La Unidad de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, en el plazo de cinco días hábiles, emitirá pronunciamiento fundamentado, disponiendo el rechazo y sus causales pueden ser: a. Falta de

competencia, atribuciones o facultades de la Unidad de Transparencia y Lucha contra la Corrupción. b. Cuando la denuncia no cumpla con los requisitos previstos en el art. 22 de la Ley N° 974. c. Cuando la denuncia ésta referida a disputa entre particulares. (Art. 24), Asimismo esta Resolución Administrativa prevé el procedimiento de la gestión de denuncias, es decir los plazos para la gestión de denuncias.

Aunque existieron una serie de intentos jurídicos siendo la declaración jurada el mecanismo de más larga data dentro la Constitución Política del Estado que tiene el objetivo de prevenir el incremento de los actos de corrupción, en nuestro medio han demostrado las limitaciones sobre el fin que persigue, puesto que su cumplimiento se ha reducido a un acto formal pues no existe ley el control de las fortunas y su procedencia que le permita cumplir los objetivos de reducir la corrupción en el país.

Lo que refiere al ejercicio de funciones de senadores y diputados como Asamblea Legislativa artículo 184 de la CPE establece una amplia inmunidad y el procedimiento por el cual la cámara respectiva respecto al ejercicio de funciones de senadores y diputados, señala un procedimiento que consiste en que dicha cámara debe organizarse mediante un verdadero antejuicio, que requiere 2/3 de votos para que vía licencia se autorice el enjuiciamiento del parlamentario, "contrariamente al fuero de validez ilimitada, la protección de la inmunidad cesa al concluir el mandato", sin embargo no existiendo límite a la posibilidad de reelección de los miembros del Poder Legislativo esta institución ha facilitado la impunidad, de muchos ex-funcionarios públicos que han accedido a cargos de senadores y/o diputados.

2. EXCENCIÓN DE LOS DELITOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA

Con respecto a la corrupción política los teóricos la entienden de las siguientes formas: como corrupción de los políticos o de quienes ejercen el poder político y otros como la corrupción del sistema político⁷⁹. La primera vertiente se centra en el bien dañado, el sistema político que consistente en la degeneración de los fundamentos de los sistemas políticos legítimos, o dicho de otra manera como la degradación de la democracia para dar lugar a otra forma de gobierno que ya no sería legítima. Respecto a la corrupción de quienes ejercen el poder político es considerado como la violación del ejercicio de las obligaciones que le son propias, con la finalidad de alcanzar una ganancia en beneficio propio o de terceros. Esta última conceptualización es la más adecuada para la presente tesis.

⁷⁹ Cortina, A., "La regeneración moral, op. cit., pág. 32.

Entendiendo que el poder político se ejerce y se concentra en el caso boliviano en los cargos electos, aquellos que han sido votados por la ciudadanía, en segundo lugar las designadas y los designados, aquellos que obtienen de la confianza del gobierno y no como aquellos que ocupan un lugar gracias a que se ajustan a los criterios establecidos para formar parte del sector público⁸⁰, estos son los Ministros y quienes ejercen funciones de libre nombramiento. En este sentido coherentemente con lo explicado existe una diferenciación legal con la corrupción administrativa, que excluye a los “funcionarios políticos” dentro la función pública donde las conductas desviadas por estos, da lugar a una incongruencia. Ya que se los excluye del ámbito de la corrupción administrativa en razón a sus competencias haciendo una diferenciación entre la corrupción cometida por un funcionario de alto nivel la cual no necesariamente implica la exclusividad política, esto da lugar a la responsabilidad política puesto que los actos cometidos por funcionarios políticos tienen una repercusión política.

La responsabilidad política emerge de un Juicio Político, es distinta a una responsabilidad fijada por un juez mediante un debido proceso, puesto que no se dicta una Sentencia, ni se aplican penas a los Altos dignatarios de Estado, únicamente se los separa de sus cargos, o un cambio de política, dejando a los tribunales ordinarios la imposición de una pena, surge de la comisión de delitos, como ser traición a la patria y sometimiento total o parcial de la nación al dominio extranjero, Violación de los derechos y de las garantías individuales, uso indebido de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, dictar resoluciones contrarias a la Constitución, anticipación o prolongación de funciones, Genocidio, Soborno y Cohecho.

El Juicio de Responsabilidades, como lo establece el autor boliviano *Ciro Félix Trigo* “es el procedimiento especial que se sigue para la acusación y juzgamiento de altos dignatarios de Estado por los delitos que cometen durante el ejercicio de sus funciones, ya sea para separarlos de sus cargos o aplicarles las penas consignadas”⁸¹ el mismo trasciende la responsabilidad política para ubicarse dentro de la responsabilidad penal, puesto que se impondrá una pena al dignatario de Estado.

La Constitución Política del Estado, en su artículo 184 numeral 4), establece dentro de las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia juzgar en única instancia al Presidente y Vicepresidente, previo voto de los 2/3 de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional, por delitos cometidos en el ejercicio de su mandato; entendiendo que las demás

⁸¹ TRIGO, Félix, *Derecho Constitucional Boliviano*, 2ª Ed. Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, 2003, p. 301.

autoridades, como los Ministros de Estado y los Prefectos de Departamento ya no gozan de este privilegio constitucional y deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria, concordante con el artículo 2 párrafo II la Ley N° 044.

A requerimiento fundado del Fiscal General del Estado, quien formulará acusación. El proceso deberá ser oral, público, continuo e ininterrumpido. La ley determinará el procedimiento”.

La Ley N° 044 de 8 de octubre de 2010, regula el juzgamiento del Presidente y Vicepresidente conteniendo tres etapas, primera etapa - antejuicio debiendo existir la autorización del pleno de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la segunda etapa - Etapa Preparatoria gestionada ante la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia esta etapa contempla la investigación del delito y la tercera etapa de Juicio Oral iniciada por la acusación formal del Fiscal General del Estado, tramitada ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, que concluirá con una sentencia, absolutoria o condenatoria.

La Ley N° 044 en su artículo 11 señala que “se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en todo lo que no esté regulado en la presente Ley.

2.1. Etapa Preparatoria

La Ley N° 044, respecto al rol del Ministerio Público como acusador y de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, equivalente a un Juez de Instrucción de un proceso penal ordinario, y no como autoridad sumariante, que estaba establecido en la abrogada Ley 244579.

El artículo 17 de la Ley 044 establece que con previa autorización Legislativa se inicia la etapa preparatoria, a cargo del Fiscal General del Estado bajo el control jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Esta etapa tiene la finalidad de preparar el juicio oral y público a través de recolección de elementos que permitan fundamentar la acusación del fiscal o querellante y la defensa del imputado, según el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal.

En el juzgamiento del Presidente y Vicepresidente el Fiscal General del Estado, las siguientes atribuciones:

- a) recibir y sustanciar las proposiciones acusatorias que presenten los ciudadanos contra los altos dignatarios de Estado en ejercicio o después de que dejen la función;
- b) acumular los antecedentes referidos a los hechos denunciados en las proposiciones acusatorias, considerados como delitos cometidos por los altos dignatarios de Estado;

c) formular requerimiento acusatorio contra los imputados; y d) rechazar la proposición acusatoria disponiendo el archivo de obrados por falta de tipicidad y/o materia justiciable.

En base a lo descrito entendemos que el Ministerio Público es el titular de la acción penal durante el juzgamiento del Presidente y Vicepresidente del Estado y la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Justicia, con competencias jurisdiccionales para realizar el control de la etapa preparatoria hasta su conclusión.

2.2. El juicio oral

El Código de Procedimiento Penal, configura al proceso penal en: 1) la etapa preparatoria y 2) el juicio oral y público⁸².

De acuerdo al artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, el juicio oral, realizado sobre la base de la acusación: contradictoria, oral, pública y continua, para la comprobación del delito y la responsabilidad del imputado, de acuerdo al artículo 334 del Código de Procedimiento Penal.

En el juzgamiento del Presidente y Vicepresidente del Estado el rol de las demás Salas de la Tribunal Supremo de Justicia, exceptuando a la Sala Penal ya que actúa como Juez de Instrucción, debe ejercer facultades jurisdiccionales en la etapa de juicio oral, como establece el artículo 18 Ley N° 044⁸³ estableciendo que la sala penal del tribunal supremo de justicia dictará Sentencia condenatoria por dos tercios de votos del total de sus miembros⁸⁴.

De todo lo expuesto entendemos que el Tribunal Supremo de Justicia la sala penal, es el máximo órgano jurisdiccional que tiene dentro sus competencias el de procesar a Presidente y Vicepresidente del Estado, en base a las normas sobre Juicio Oral contenidas en el Código de Procedimiento Penal.

De la normativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional establece que el juzgamiento del Presidente y Vicepresidente del Estado existe una sola instancia, no pudiendo ejercer un derecho a recurrir la Sentencia, extremo que vulneraría los tratados internacionales.

La posibilidad de impugnar una Sentencia en materia procesal penal se encuentra determinada en los artículos 407 al 415 del Código de Procedimiento Penal, que regulan el Recurso de Apelación Restringida, el cual se constituye en una garantía del Debido Proceso en materia penal

⁸² Sentencia Constitucional N° 1036/2002-R, de 29 de agosto de 2002.

⁸³ Ley para el juzgamiento de la Presidenta o Presidente y/o de la Vicepresidenta o Vicepresidente, de altas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura, Tribunal Constitucional Plurinacional y del Ministerio Público, 8 de octubre de 2010

⁸⁴ Sentencia Constitucional N° 020/2004 de 4 de marzo de 2004

al establecerse en la Constitución Política del Estado, en su artículo 180 parágrafo II que: “Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales”.

3. LA INCLUSIÓN EN EL CODIGO PENAL DEL TÉRMINO ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Un cambio sustancial y necesario del código penal es la modificación legal e inclusión con la que el legislador identifica al delito de enriquecimiento ilícito como el incremento patrimonial injustificado de los funcionarios públicos. El principio general del derecho que prohíbe los enriquecimientos injustos tiene diferentes acepciones dentro las distintas ramas del ordenamiento jurídico; enriquecimiento indebido, enriquecimiento ilegítimo y enriquecimiento ilícito. Este último término es el que ha sido utilizado por el legislador boliviano para identificar a los enriquecimientos patrimoniales punibles en la función pública, dentro los nuevos tipos penales establecidos en la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz. En términos comunes entendemos que la legalidad y legitimidad son términos paralelos con un sentido fundamental respecto a los principios de justificación del Derecho, por lo que podemos decir que la legitimidad es el reconocimiento de que un orden o institución jurídica es justo y correcto, que justifica la utilización del término «ilícito» con el que actualmente se califica el enriquecimiento injustificado patrimonial de los funcionarios públicos. Donde el legislador ha identificado actos contrarios a la norma jurídica y los principios constitucionales de la función pública por lo que es carente de validez jurídica todo incremento patrimonial injustificado que sobrepase la capacidad económica que le permite su remuneración o ganancia legal del funcionario público, en el supuesto caso que el funcionario público no pueda justificar una fuente lícita del incremento de su patrimonio, el tipo penal de enriquecimiento ilícito supone que fuese producto de hechos ilícitos o por medios contrarios a la norma jurídica establecida.

Llegamos a esta conclusión debido a la vinculación de los órganos del Estado y los administradores al ordenamiento jurídico vigente el cual establece los deberes legales de cada sujeto que ejerce la función pública y la legalidad de la remuneración que percibe en contraprestación al ejercicio de su cargo. La perspectiva legal del salario, el cálculo del coste de subsistencia respecto a la canasta familiar o índice de precios al consumo de cada país, permite saber el gasto aproximado y la capacidad económica de cada funcionario de adquisición o pago de deudas. Cuando se aprecia una desproporción notable entre los bienes adquiridos o deudas canceladas con respecto a su capacidad económica, la ley penal debería exigir que demuestre mediante medios lícitos su mejoramiento patrimonial. Es así que el enriquecimiento que no se haya podido justificar por el funcionario público debe ser considerado ilícito presumiendo que el

funcionario se ha servido de su cargo para su enriquecimiento mediante actos de corrupción, los cuales denotan un comportamiento contrario a las leyes.

4. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEY Nº 004/2010.

Si bien el art.3 de la Ley Nº 004/10 La Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz Ley N. 004, fue promulgada en el gobierno de Evo Morales Ayma el 31 de marzo de 2010, tiene por objeto la protección y recuperación del patrimonio del estado boliviano mediante lucha efectiva y eficaz contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito⁸⁵, este cuerpo normativo tipifica además dos figuras señala que no prescribirá delitos de corrupción cometidos por servidores públicos el ejercicio de sus funciones Art. 27 ley 004, Asimismo esta ley vino a complementar el Art. 29 Bis del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL., que de conformidad al Art. 112 de la Constitución Política del Estado señala que “*Los delitos cometidos por servidoras o servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad.* Siendo complementario también al Capítulo III del Código Penal que se refiere a los hechos punibles contra el ejercicio de funciones públicas.

A continuación, se transcribirán los artículos previstos en la Ley Nº 004/10 referidos exclusivamente a la temática de la investigación y el enriquecimiento ilícito para su posterior análisis normativo.

Artículo 3°. Objeto de la Ley.

La presente Ley tiene por objeto 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.

Artículo 4°.- **Finalidad de la ley**

⁸⁵ Art. 3 Ley no. 004/2010: (OBJETO). La presente Ley tiene por objeto la protección y recuperación del patrimonio del Estado, por medio de una lucha efectiva contra la corrupción, legitimación de ganancias ilícitas y delitos económicos y financieros a través de mecanismos de control, prevención y educación, con la participación activa de entidades públicas, privadas y la sociedad civil.

La presente Ley tiene por finalidad 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.

Artículo 3°. Ámbito de aplicación.

La presente Ley se aplica a:

1) Los servidores y ex servidores públicos de todos los Órganos del Estado Plurinacional, sus entidades e instituciones del nivel central, descentralizadas o desconcentradas, y de las entidades territoriales autónomas, departamentales, municipales, regionales e indígena originario campesinas.

2) Ministerio Público, Procuraduría General de Estado, Defensoría del Pueblo, Banco Central de Bolivia, Contraloría General del Estado, Universidades y otras entidades de la estructura del Estado.

3) Fuerzas Armadas y Policía Boliviana.

4) Entidades u organizaciones en las que el Estado tenga participación patrimonial, independientemente de su naturaleza jurídica.

5) Personas privadas, naturales o jurídicas y todas aquellas personas que no siendo servidores públicos cometan delitos de corrupción causando daño económico al Estado o se beneficien indebidamente con sus recursos.

II. *Esta Ley, de conformidad con la Constitución Política del Estado, no reconoce inmunidad, fuero o privilegio alguno, debiendo ser de aplicación preferente*

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 23. (Sistema Integrado de Información Anticorrupción y de Recuperación de Bienes del Estado). I.

Créase el Sistema Integrado de Información Anticorrupción y de Recuperación de Bienes del Estado - SIIARBE, a cargo del Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la

Corrupción. El mismo tiene por objeto la centralización e intercambio de información de las entidades relacionadas con la lucha contra la corrupción, para diseñar y aplicar políticas y estrategias preventivas, represivas y sancionatorias, además del eficiente seguimiento y monitoreo de procesos en el ámbito de la lucha contra la corrupción.

II. El SIIARBE tendrá dentro sus atribuciones la verificación de oficio de las declaraciones juradas de bienes y rentas de aquellos servidores públicos clasificados de acuerdo a indicadores, parámetros y criterios definidos por las entidades relacionadas con la lucha contra la corrupción.

5. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA TUTELA JURÍDICA EN EL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito se constituye como elemento central de los delitos de corrupción siendo considerado como un delito que tiene como objeto de tutela a la función pública en vista de su ubicación sistemática dentro los códigos penales, tiene como sujeto activo – funcionario público por la delimitación y la exigencia de conductas que estos realicen en el ejercicio de sus funciones, postura que también adopto la jurisprudencia boliviana.

La decisión de los legisladores nacionales de ubicar al delito de enriquecimiento ilícito dentro de los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos es factor para considerar a la función pública como bien jurídico protegido. Advirtiéndose que la colocación sistemática solamente es un dato indiciario donde las clasificaciones no deben sobrevalorarse puesto que en muchos casos no marca necesariamente un bien jurídico protegido, por lo cual se hace necesario valorar la voluntad legislativa para identificar el alcance real de la tutela proyectada y el tipo construido.

Si el bien jurídico protegido por los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones es la función pública, está considerada como institución de prestación de servicios necesarios para un país y sus ciudadanos. Dada la naturaleza accesoria del delito de enriquecimiento ilícito el cual es aplicado también cuando no se puede probar la comisión de otros delitos que originarían el incremento patrimonial del funcionario público, es lógico deducir que el bien jurídico de la función pública ya se encuentra vulnerado por el delito previo, por lo tanto la sanción penal del delito de incremento patrimonial injustificado añade un nuevo daño al bien jurídico de la función pública.

Al respecto podemos sostener que el enriquecimiento ilícito es un delito que tiene tutelado la función pública basado en el principio de efectividad de la protección penal, puesto que las conductas punibles descritas ponen en peligro el adecuado desenvolvimiento de las funciones

públicas, que sumado a los típicos delitos previsto en el código penal los cuales pretenden prevenir y reprimir hechos corruptos de la estructura funcional del Estado

Una postura sobre la protección del bien público es la que manifiesta DONNA que sostiene “*que el incumplimiento de un deber sustancialmente adquirido por el manejo de fondos públicos confiados al funcionario y con relación sus funciones no permitiría alegar la violación de la presunción de inocencia, sobre todo cuando se trata de hechos que importan de manera vehemente el enriquecimiento a costa de los fondos públicos*”⁸⁶. Esta interpretación doctrinaria propone la supremacía del interés general y la protección del patrimonio público incorporados al análisis sobre legitimidad de este tipo de delitos, justificados en el daño que causa a la sociedad y la democracia representativa el saqueo del patrimonio público, acompañado por la mala voluntad de algunos investigadores y la ineficiente e ineficaz legislativa propiciando sobre estas acciones un sentimiento de impunidad.

Esta postura es objetada a partir del concepto de que no todo funcionario posee un cargo público que implica la custodia y administración de bienes públicos, responsabilidad y competencia que normalmente está reservada para quienes ostentan cargos jerárquicamente elevados dentro las instituciones públicas. Además, cuando el funcionario público es imputado por el delito de enriquecimiento ilícito no es común que se le atribuya una malversación de los bienes públicos a él confiados generalmente en los procedimientos de auditoría o rendición de cuentas sobre su gestión casi nunca se descubren irregularidades en su administración. Desde el punto de vista criminológico, todo funcionario público que practica un acto corrupto se es motivado por un ánimo de lucro que generalmente está satisfecho por las dádivas ofrecidas por los particulares, no produciéndose en estos casos un daño patrimonial a una persona física, jurídica, ni al Estado.

Por otro lado a modo de complementación el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el código penal requiere la intervención de actos ilegales mediante los cuales el funcionario incrementa su patrimonio, por lo que al desconocer estos hechos no puede identificarse alguna persona perjudicada directamente con el hecho. Al respecto al no implicar el enriquecimiento ilícito u daño patrimonial para el Estado que pueda imputarse al funcionario, este no podría ejercer ninguna acción de resarcimiento contra el funcionario público limitándose solamente al ámbito punitivo.

En cuanto a la jurisprudencia boliviana, podemos describir en líneas generales que los órganos jurisdiccionales que han juzgado causas penales sobre el delito de enriquecimiento ilícito se han ido adaptando al momento de determinar el ámbito vulnerado del bien jurídico protegido, puesto

⁸⁶ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial*. op. cit. pág. 384.

que han ido asumiendo la consideración de que la comisión de este tipo de delitos conlleva el quebranto de varios aspectos de la función pública.

En este orden de pensamiento, no se debe olvidar que cualquier delito creado para proteger funciones públicas debe perseguir las actividades funcionales de las personas que representan al Estado para brindar servicios públicos que son vitales para la satisfacción de las personas. Todo funcionario que incurra en actos de corrupción pública se desviará de su cargo, amenazando gravemente el orden interno de la organización que presta los servicios, lo que puede derivar en una prestación inadecuada de los servicios públicos y hacer que pierda sus beneficios que otorga a los ciudadanos. Sin embargo, como señalamos al inicio de este apartado, si bien la conducta descrita en el delito de enriquecimiento ilícito es considerada penalmente relevante por parte del legislador, vulnera el ámbito de tutela puesto que la conducta injusta descrita en este delito orientado a proteger el bien jurídico y la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en el derecho penal boliviano satisface la necesidad de lograr determinados objetivos penales y políticos relevantes a la mejora de su efectividad. La inclusión de este delito en el código penal estaría destinado a combatir la corrupción representa un avance en un " Estado Social y Democrático de Derecho".

6. CONFIGURACIÓN DEL TIPO DE INJUSTO.

En el marco de la firma de convenios internacionales sobre corrupción el Estado Boliviano ha impulsado la renovación de la legislación penal en cuanto al delito de enriquecimiento ilícito, el legislador integro por estas razones el delito que persigue los incrementos patrimoniales injustificados junto al contenido y los elementos objetivos del ilícito previsto en el art. 27 de la Ley No. 004.

Dentro de los convenios sobre corrupción se han previsto para el delito de enriquecimiento ilícito tres elementos: a) el incremento del patrimonio de un funcionario público, b) con significativo exceso respecto a sus ingresos legítimos y c) que no pueda ser razonablemente justificado.

En consecuencia la estructura del delito de enriquecimiento ilícito protege el correcto ejercicio de las funciones públicas previendo como sujeto activo a un funcionario público, y describe la conducta penalmente relevante, centrando el injusto en dos hechos: a) el incremento del patrimonio de un funcionario público; b) que el valor de bienes u obligaciones adquiridos sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.

El legislador además incluye en el tipo referencia objetiva del incremento patrimonial, con el término desproporcionado siendo que esta es una de las características más representativas del delito de enriquecimiento ilícito como acto de corrupción.

6.1. El sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito

Con el título «Ámbito de su aplicación», el art. 5 de la Ley N° 004/10 en concordancia a la ley 1390 establece quienes pueden ser los posibles autores del delito de enriquecimiento ilícito expresando:

Servidora o Servidor Público. Es toda persona que presta servicios en relación de dependencia con cualquier entidad del Estado, independientemente de la fuente de su remuneración. Se incluye bajo este término también a quienes prestan servicios en:

- a) Órgano Judicial, Órgano Ejecutivo, Órgano Legislativo, Órgano Electoral, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General del Estado;*
- b) Servicio Exterior, Escalafón Diplomático, Magisterio Público, Servicio de Salud Pública y Seguridad Social;*
- c) Entidades públicas autónomas, autárquicas y descentralizadas;*
- d) Gobiernos de las Entidades Territoriales Autónomas; o,*
- e) Universidades Públicas, Fuerzas Armadas y Policía Boliviana.*

3. Empleada o Empleado Público. Es toda persona que preste servicios en empresas públicas de carácter estratégico o social en cualquiera de sus tipologías, y en entidades u organizaciones en las que el Estado tenga participación patrimonial, independientemente de su naturaleza jurídica;

4. Jueza o Juez. Es todo servidor público que cumpla funciones jurisdiccionales, independientemente de su denominación;

5. Grave Daño Económico. Es la afectación económica ocasionada al Estado, cuyo detrimento sea igual o superior a Bs7.000.000.- (Siete Millones 00/100 Bolivianos), o cuando la afectación sea producida por la Máxima Autoridad Ejecutiva o ex Máxima Autoridad Ejecutiva de una Entidad o Empresa Pública.

De la lectura de este precepto se identifica que el legislador ha determinado que el delito de enriquecimiento ilícito pueda ser cometido solamente por un funcionario público (a efectos penales), esto implicaría sobre los posibles autores a quienes posean esa calidad jurídica según

los requisitos y las circunstancias exigidas en la norma art. 5 “. *Personas privadas, naturales o jurídicas y todas aquellas personas que no siendo servidores públicos cometan delitos de corrupción, causando daño económico al Estado o se beneficien indebidamente con sus recursos*”. Esto se debe a que el Derecho penal cuenta con su propio concepto de funcionario público no dependiendo de conceptos usados por otras ramas jurídicas como Derecho Administrativo.

En la figura penal del delito de enriquecimiento ilícito analizamos las incompatibilidades que dentro la dogmática penal, la cual que establece a los funcionarios públicos como posibles autores, y también a los encubridores, pero sobre todo dentro los efectos que produce la decisión del legislador de establecer en la Ley N° 004/10 un concepto penal de funcionario público propio para el delito de enriquecimiento ilícito.

6.1.1. El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial propio.

Expresa GÓMEZ MARTÍN que el concepto de delito especial ha sido desde sus orígenes un concepto propio de la ciencia del Derecho penal, más concretamente, de la llamada teoría general del delito⁸⁷. En nuestro "Código Penal", es común ver al principio del tipo para describir las acciones de los posibles autores con términos: "el que" a los delitos pueden ser cometidos por cualquier persona y están determinados por la doctrina como delitos comunes. Por otro lado, algunos delitos definen a los posibles autores como personas especificadas o personas definidas de acuerdo con criterios específicos señalados en el tipo, es decir, "delitos especiales"⁸⁸.

De esto entendemos que los delitos especiales son aquellos que necesitan para su tipicidad objetiva que el posible autor posea determinada característica, sin la cual la adecuación del injusto no sería posible. Los elementos objetivos del delito de enriquecimiento ilícito nos muestran que es un delito especial, debido a que el legislador ha identificado como sujeto activo a toda persona que ejerce una función pública, refiriéndose a: funcionarios públicos que tienen una relación estatutaria o contractual, cuyo status o posición jurídica implica ciertos deberes, obligaciones y prohibiciones previstas en normas no penales que rigen el ejercicio de las actividades que corresponde al cargo que ejercen. Se concluye que en el caso del delito de enriquecimiento ilícito se ha limitado el círculo de posibles autores a aquellas personas que de acuerdo a la Ley N° 004/10 desempeñan una función pública a efectos penales, porque mediante el ejercicio de su actividad laboral mantienen una estrecha relación con el bien jurídico que indica

⁸⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. op. cit. pág. 3.

⁸⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El funcionario público ante el Derecho penal*. RJCL N° 20. Año 2010. pág. 3.

al legislador los cuales son sujetos más propensos a vulnerarlo. Por ello que el injusto de este delito incluye conductas que se estiman perjudiciales para las funciones públicas y están tipificadas en la ley para que sus destinatarios especiales sepan qué conductas deben evitarse.

6.1.2. El concepto de funcionario público dispuesto en los tipos penales de la legislación Boliviana

Como describe la Ley N° 004/10 dentro del concepto de funcionario público o aquel que recibe recursos del estado propio de los delitos de enriquecimiento ilícito y la prohibición de los delitos cometidos con posterioridad al ejercicio de funciones y deberes administrativos para sus propios intereses, y establece el concepto de sí mismos y de los funcionarios públicos exclusivos. El concepto de Servidor Público se encuentra definido en el art.4º, de la ley 2027 y la CPE que expresan un marcado aspecto teleológico, es decir, el sujeto debe cumplir una función en cualquier poder del Estado previsto constitucionalmente estas actividades necesariamente tiene que perseguir fines públicos y que estas función pública desempeñada sea conforme al derecho, amparada y permitida por el ordenamiento jurídico, lo que nos vislumbra es que se entiende por función pública las diversas actividades desarrolladas por los órganos del Estado, órganos extra poder e instituciones públicas descentralizadas, así como personas naturales y jurídicas que reciban recursos del estado cuyo objetivo principal es satisfacer las necesidades imprescindibles de los ciudadanos.

Esta decisión del legislador es obviamente vulnerable a la crítica, en primer lugar porque el establecimiento del concepto de funcionarios públicos específicos para ciertos delitos en una ley especial viola el principio de integración sistemática. Lo cierto es que existe una diferencia entre los funcionarios públicos estipulados en Código Penal y los Servidores Públicos incluidos en el concepto estipulado en el art 233 de la CPE, diferencia que probablemente lleve a una desigualdad jurídica, ya que puede obligar al intérprete a verificar si la actividad pública que realiza el sujeto está prevista y permitida en otras ramas del ordenamiento del sistema jurídico vigente, por lo que es previsible que si los intérpretes deben incorporar el concepto de funcionarios públicos utilizados a efectos penales de acuerdo con los estándares adoptados por el derecho administrativo, las dificultades que enfrentarán los intérpretes son previsibles. Hemos señalado que el art. 4 de la Ley No. 2027 refiere que servidor público son las personas físicas e individual que independientemente de su rango y calidad, que prestan servicios a las entidades regidas y en relación jurídica a esta ley, por otro lado la ley 1390 especifica este vacío de términos aplicando la ley a *Servidoras, servidores, empleadas, empleados, ex servidoras, ex servidores, ex empleadas y ex empleados públicos de cualquier entidad del Estado Plurinacional; Personas*

privadas, naturales o jurídicas y todas aquellas personas que no siendo servidores públicos cometan delitos de corrupción, causando daño económico al Estado o se beneficien indebidamente con sus recursos. Por tanto, con esta normativa se subsanaron contradicciones legales en el ámbito administrativo.

Con base en el contenido anterior se pueden sacar conclusiones que en el artículo 27 de la Ley 004 establece claramente el concepto de penal teleológico de funcionario público para su interpretación no es necesario recurrir al concepto de otras ramas del ordenamiento jurídico teniendo como elemento fundamental que los funcionarios públicos cumplan eficazmente con sus funciones u obtengan recursos públicos como elemento esencial.

6.2. Acción punible

El delito de enriquecimiento ilícito prevista en nuestra legislación y que consiste en que el funcionario obtenga bienes con los que incrementa su patrimonio injustificablemente durante el ejercicio dentro una institución pública pero existe otra circunstancia cuando el funcionario público se enriquece de manera denominada negativa por la cancelación de obligaciones que gravan al patrimonio, mediante la cancelación de deudas o extinción de obligaciones que influenciaban su patrimonio, luego de su ingreso a la función pública. De la lectura de la conducta penal analizada y regulada por nuestra normativa vigente se desprende que el legislador no ha tomado en cuenta este tipo de comportamientos que poseen un distinto alcance y significado.

De lo descrito entendemos también que de esta modalidad tiene también por efecto la cancelación de obligaciones pecuniarias que hubiesen sido asumidas por otras personas con las que mantiene vínculos ya sean familiares, consanguinidad o afinidad, por vínculo legal de matrimonio, por vínculo de afectividad y convivencia a la pareja de hecho; y por vínculo de parentesco de consanguinidad que según el sentido de la ley, lo relevante es que se produzca un incremento patrimonial injustificable durante el ejercicio de las funciones públicas.

6.3. Los elementos descriptivos de las modalidades de enriquecimiento positivo y negativo.

Una interrogante que surge inevitablemente es cuál es el mecanismo más eficiente para poder verificar los cambios en el patrimonio de los funcionarios públicos que pueden convertirse en signos de riqueza ilegal. Como respuesta a esta pregunta, podemos concluir que consiste en determinar con anticipación los activos que tenía antes de iniciar el cargo y luego cuantificar los activos que tiene luego de asumir el cargo, para lograr una comparación entre ellos y así

determinar si constituye enriquecimiento ilegal. Para ello, se imponen el procedimiento administrativo y obligatorio, que consiste en la declaración jurada de bienes y rentas.

La declaración jurada de bienes y rentas cumple ciertos objetivos en el "Estado de Derecho Democrático y Social" las cuales son: a) medidas preventivas dentro de las función pública; b) promover la transparencia de las instituciones públicas y las cuentas de los funcionarios públicos; c) promover la supervisión y control de la ciudadanía d) a partir de la CICC y CNUCC fueron adoptadas como la herramienta jurídica básica para las investigaciones preliminares y procesales del delito de enriquecimiento ilícito, como evidencia de las diferencias económicas de los funcionarios públicos

Para ello resulta imprescindible que los operadores de justicia (ministerio público y jueces penales) realicen las diligencias necesarias para conocer el estado real del patrimonio del funcionario público, ayudándose de otras instituciones:

- 1) SERECI: para conocer su estado civil y filiación.
- 2) IMPUESTOS: para conocer si el declarante es propietario o socio de una empresa, actividad comercial, estado de cuentas y declaraciones juradas impositivas presentadas.
- 3) DERECHOS REALES, TRANSITO: para conocer los bienes muebles e inmuebles que el funcionario público tiene registrados a su nombre.
- 4) Superintendencia de Bancos: para conocer créditos, cualquier otra información relevante del sistema financiero nacional que pueda indicar el movimiento de fondos o la posesión de activos.
- 5) Ministerio de Industria y Comercio: para conocer si el funcionario público posee marcas comerciales.

De todo lo mencionado se concluye que deben considerarse como pruebas indiciarias y verificar la correspondencia con la realidad.

6.4. Comportamientos que se consideran típicos en los delitos de enriquecimiento ilícito.

Existen ciertos comportamientos que si bien no pueden subsumirse en las acciones de enriquecimiento, exhiben signos de enriquecimiento ilícito.

Los gastos hechos por el funcionario público efectuados de manera súbita o paulatinamente con grandes erogaciones de dinero para solventar viajes, ofrecer extravagantes fiestas o comprar objetos de valor no registrables. Otro medio también es la posibilidad de que los gastos excesivos

no fuesen hechos por él sino por medio de cómplices que utiliza, especialmente los parientes o su cónyuge.

En definitiva, es necesario que el legislador tome en cuenta estos cuestionamientos dogmáticos, procesales y constitucionales que se le atribuyen y tenga en cuenta las correcciones que la jurisprudencia sobre la interpretación estricta de la norma penal analizada, a los efectos de que se considere como conducta típica aquellos comportamientos realizados por un funcionario público que expresan un gasto excesivo que no guarda relación con sus ingresos legítimos.

6.5. *La ilicitud del enriquecimiento ilícito.*

Resulta necesario que la ley penal establezca cuales son las circunstancias y presupuestos que pueden llegar a considerar una acción ilícita, y por ende la vulneración o puesta en peligro del bien jurídicamente que se pretende proteger. Con la determinación que tornan ilícita una conducta, el legislador, por un lado completa el contenido de injusto y por otro lado delimita normativamente un sector de la sociedad. De esta manera, se pone a conocimiento de todo funcionario público en qué casos resulta lícito.

El presupuesto jurídico que determina la prohibición del incremento patrimonial de un funcionario público señalado por el legislador se encuentra previsto en las dos formas de conducta en la norma en las que se descompone el tipo penal de enriquecimiento ilícito en el tipo de este presupuesto para comprender la ilicitud de las conductas típicas, donde los elementos para identificar la antijuricidad consiste en determinar el carácter lesivo que podría poner en peligro el bien jurídico protegido que considera al ilícito como aquel enriquecimiento patrimonial injustificado y desproporcionado del funcionario público.

Por otra parte, el modelo de prohibición del enriquecimiento está definido por medio de elementos normativos, los cuales son comprendidos mediante un proceso valorativo por los jueces mediante una correcta apreciación de las legítimas posibilidades económicas de un funcionario público haciendo un análisis de los ingresos y egresos consignados en su declaración jurada de bienes y rentas.

6.6. *El método para determinar el enriquecimiento ilícito.*

El tipo penal de enriquecimiento ilícito estipula que cualquier aumento injustificado y desproporcionado será considerado ilegal, lo que significa que la esencia de la ilegalidad es que existe una diferencia considerable entre el aumento 'patrimonial y la capacidad económica que el

funcionario público posee durante el ejercicio de la función pública, es en esa desproporción que radica la ilicitud del delito de enriquecimiento ilícito.

Para la determinación de esta desproporción es necesario un proceso intelectual y valoración del enriquecimiento patrimonial del funcionario público mediante la correspondencia de su declaración jurada de bienes y rentas por el ente administrativo facultado para ello, y también una prueba pericial-contable que se lleve a cabo en sede judicial durante el proceso penal, con los cuales el juez deberá formular su convicción acerca de la licitud o ilicitud del enriquecimiento.

Existen muchos métodos diferentes, como la evolución del patrimonio, que se pueden utilizar para apreciar la desproporción o diferencia entre los ingresos de un funcionario público y el gasto para obtener bienes o cancelar obligaciones y esto también debe tenerse en cuenta la medición del tiempo para estimar la capacidad económica del funcionario para ser responsable penalmente por enriquecimiento ilegal.

La selección de un período de investigación apropiado sobre el patrimonio del funcionario es crucial: primero, porque existe el riesgo de desaparición o destrucción de la documentación sobre la propiedad de los activos y los documentos relacionados con los gastos del sujeto investigado. En segundo lugar, como consecuencia será difícil para el ministerio público encontrar documentos que puedan probar ciertas transacciones y fuentes de ingresos, y será difícil para el acusado proporcionar pruebas de descargo.

6.7. *La entidad del enriquecimiento.*

Al estudiar el delito de enriquecimiento ilícito se puede advertir que no existe ningún parámetro normativo de medición introducido por el legislador, a fin de que el interprete pueda establecer la desproporción que pudiera existir entre el incremento patrimonial obtenido mediante las legítimas posibilidades económicas del funcionario público.

La inexistencia de un criterio cuantitativo respecto al delito de enriquecimiento ilícito impulso exigencias en las CICC y CNUCC, incluyendo ambos convenios han incluido en el delito de enriquecimiento ilícito un elemento normativo que hace referencia a la magnitud del incremento utilizando la expresión con significativo exceso. No obstante, y a pesar esta omisión, se exige una determinada magnitud en la desproporción patrimonial del funcionario para que resulte significativo y poder apreciar la atipicidad de los incrementos mínimos respecto a los ingresos legítimos del funcionario público. Sin embargo, este criterio ha sido criticado por VIDALES RODRIGUEZ argumentando que, *“desde la necesaria conexión que debe haber entre la conducta típica y el bien jurídico, resulta difícil justificar por qué, de ser éste el correcto funcionamiento de*

la función pública, el castigo debe estar condicionado por la mayor o menor entidad del enriquecimiento patrimonial experimentado por el funcionario, si en los delitos de funcionario público el daño para tal interés viene provocado por el torcido ejercicio de la función pública, y en consecuencia, la graduación de la pena o su propia existencia debería depender de la entidad de la lesión que se produzca y no de otros factores”⁸⁹.

De esto deducimos que en caso de que la conducta del funcionario público pueda ser subsumida en el tipo penal no es posible evidenciar la desproporción “excesiva” que pudiera existir entre el incremento patrimonial obtenido mediante ingresos legales, entonces deducimos que esta conducta carecería de relevancia penal.

Ahora bien, la doctrina aporta ciertas directrices para determinar la magnitud de la desproporción sobre la ilicitud del enriquecimiento. Muchos autores sostienen que para ser considerado como delito el incremento patrimonial debe ser considerable con respecto a la economía del funcionario al momento de asumir el cargo público y que no mantenga concordancia con las posibilidades de evolución económica normal durante el tiempo al servicio público. De acuerdo a la doctrina y la legislación boliviana lo que es importante es que se produzca el incremento patrimonial de forma excesiva y desproporcional.

Según nuestra opinión, la legislación boliviana debería contar con un criterio cuantitativo eficaz y razonable que podría ser usado como un instrumento para que los jueces puedan establecer y delimitar el enriquecimiento desproporcionado penalmente relevante por ejemplo habrá indicio de enriquecimiento ilícito cuando el incremento patrimonial sea superior al 35% del total de sus ingresos legales que constituye el margen residual aplicado por las entidades financieras para analizar la capacidad de endeudamiento, usando como base el razonamiento de que recursos son legítimamente obtenidos.

En definitiva, se considera ilícito todo enriquecimiento patrimonial de un funcionario público durante el ejercicio de sus funciones que sea desproporcional a sus legítimas posibilidades económicas, de acuerdo con el análisis que hemos realizado al tipo penal, cuando entre el incremento patrimonial existe una excesiva desproporción con relación a sus ingresos legítimos. Según la interpretación del tipo analizado, cuando la desproporción aludida supone que la conducta del funcionario público genera un riesgo que quebranta el deber de transparencia y la afectación económica al estado en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual produce una amenaza y afectación al bien jurídico tutelado.

⁸⁹ VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *El delito de enriquecimiento ilícito*. op. cit. idém. pág.

6.8. El enriquecimiento ilícito y su justificación como condición objetiva de punibilidad.

La doctrina sostiene que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de comisión o de acción y la no justificación es un elemento del tipo⁹⁰ que cumple la función de condición objetiva de punibilidad. La acción típica del delito de enriquecimiento ilícito sería la conducta del funcionario público que produce el incremento de su patrimonio o la reducción de las obligaciones financieras que lo aquejaban, de forma desproporcionada con relación a sus legítimos ingresos y que no puede ser justificado.

Con la finalidad de especificar el papel de la no justificación del enriquecimiento dentro la interpretación del delito de enriquecimiento ilícito, primero es necesario precisar que es una condición objetiva de punibilidad y cuál es la función que cumple en la teoría del delito. Para ello iniciaremos con identificar los elementos de un injusto culpable que propicia la aplicación de una sanción establecida por el legislador, pero sabemos que existen casos donde la presencia del injusto es un requisito necesario pero no indispensable para imponer una sanción⁹¹.

Las condiciones objetivas de punibilidad son requisitos añadidos por el legislador en los preceptos penales con el fin de imponer una sanción, pero que no guardan correspondencia al tipo injusto ni a la culpabilidad. Para aclarar este punto MUÑOZ CONDE dice: *“que los elementos que siempre deben estar presentes para fundamentar la punibilidad son el injusto y la culpabilidad. Pero a veces el juicio de punibilidad excede de estos dos elementos, exigiéndose además, otras características adicionales para fundamentar la punibilidad de un concreto hecho. Estas características no pueden incluirse en el injusto o en la culpabilidad porque tiene una función dogmática y político criminal distinta de la de estos elementos”*⁹².

En consecuencia, para interpretar el delito de enriquecimiento ilícito, se concluye que el enriquecimiento ilícito del funcionario está relacionado con la posibilidad económica (por la compra de bienes o la reducción de impuestos u obligaciones que lo afectan) con relación a las posibilidades económicas que genera sus ingresos legales durante el ejercicio del cargo estos son requisitos básicos necesarios para identificar la ilicitud de la conducta descrita merecedora de una sanción penal, sin embargo, estos elementos del injusto no son suficientes para su punibilidad, porque debe existir otra situación, a saber, la falta de justificación razonable para la desproporción entre el incremento patrimonial y la capacidad económica del funcionario público.

⁹⁰ ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*. op. cit. pág. 61.

⁹¹ GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho penal*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1997. pág.33.

⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1972. pág. 64.

Esta posición considera que la justificación del incremento patrimonial es una condición objetiva de punibilidad, puesto que la justificación de este incremento resultaría una garantía para los funcionarios, el carácter de condición objetiva de punibilidad, es decir, que su existencia resultará imprescindible para la aplicación de la pena correspondiente. Por tanto, para evitar la imposición de sanciones establecidas en el tipo penal, los funcionarios deben acreditar que la fuente del mencionado incremento patrimonial tiene un origen legal.

Por otro lado la aplicación de la pena por el delito de enriquecimiento ilícito será desproporcionada para las posibles falsedades en la que el funcionario público incurra al declarar su condición lícita patrimonial, siendo común que los funcionarios traten de eludir la obligación de la manifestación de el incremento de sus patrimonios con una apariencia lícita o mediante la ocultación de sus activos, bienes, que llegan ser justificados en el proceso penal.

La justificación es el mecanismo que eximen de la necesidad de aplicar la pena prescrita por el delito, sin embargo, este tratamiento no se extiende para la falsedad ni el ocultamiento. En cualquier caso, existen tipos penales específicos que castigarán estos hechos, aunque no sean los adecuados, el derecho Administrativo sancionador tiene medios menos gravosos para hacer frente a estos comportamientos delictivos. Desde nuestro punto de vista, esta interpretación de la condición objetiva de punibilidad no es estrictamente aplicable ni resuelve el efecto dogmático señalado en la resolución de los casos de enriquecimiento ilícito puesto que:

En primer lugar, según el contenido dogmatico verdadero, las condiciones objetivas de punibilidad permiten sancionar las acciones con una pena y si esta condición no se verifica, no resultaría punible.

En segundo lugar, en el delito de enriquecimiento ilícito, la verificación de la ilegalidad de enriquecerse depende íntegramente del comportamiento del funcionario, pues debe demostrar que su aumento de patrimonio tiene un origen legal.

En tercer lugar, visto que la violación de la ley penal no depende de la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad, se ha violado técnicamente antes de que apareciera el delito. Sin embargo, si un funcionario público logra justificar el aumento patrimonial y que el incremento proviene de fuentes legales, aunque en principio se hayan verificado todos los elementos que sustentan y fundamenten el injusto penal, la aplicación de la sanción es imposible, porque la justificación opera como mecanismo que elimina completamente la ilicitud. Es por ello que la justificación es una prueba suficiente para entender que el patrimonio del funcionario público no proviene de la comisión de un delito que se presume, esto significaría que no se adiciona un

hecho valioso sino que es una actuación procesal impuesto coercitivamente por la fuerza de la obligación con el fin de desvirtuar una imputación fundada en el enriquecimiento.

A modo de conclusión de este apartado, la justificación del enriquecimiento ilícito es un elemento normativo, que pertenece a la configuración material del delito de enriquecimiento ilegal, y no puede considerarse como una condición objetiva de punibilidad, porque juega un papel importante en la determinación del injusto, esta afirmación surge del hecho de que si el funcionario público prueba y justifica su excesivo y desproporcional incremento económico (enriquecimiento vs ingresos legales) es razonable entonces que su conducta es atípica y socialmente apropiado; por otro lado, si no la justifica, su conducta será congruente y cumplirá con todos los elementos del tipo injusto, por lo cual se entenderá que se ha consumado un delito y el funcionario estará sujeto a sanciones penales. Esto es objetivo, porque se encuentra desvinculado del aspecto subjetivo del autor de la conducta, y es normativo, porque el juez debe realizar una investigación intelectual sobre la evidencia proporcionada por el funcionario público para determinar si la prueba puede ser considerada razonable y justificar este incremento con el propósito de considerarse su conducta típica o atípica.

Capítulo V

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO RESPECTO A LA PARTE GENERAL DE LA TEORÍA DEL DELITO, SU ENFOQUE GARANTISTA PENAL Y CONSTITUCIONALIDAD

1. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO «DELITO DE RESULTADO CON CAUSALIDAD PRESUNTA».

Respecto a la estructura típica del delito de estudio esta figura penal pertenece a los delitos de resultado donde el tipo requiere que la acción vaya seguida de un resultado, siendo apreciable en los delitos de enriquecimiento ilícito en el sentido de que se distinguen las conductas realizadas por un funcionario público con las que adquiere la propiedad, posesión o cancela deudas u obligaciones, cuyo resultado de estas acciones es el incremento de su patrimonio. La relación de causalidad del funcionario público entre acción y resultado consistiría en suprimir mentalmente las conductas de suprimir conductas como: adquisiciones de bienes o cancelación de obligaciones, estos bienes no ingresarían al patrimonio de este. El nomen juris del delito en estudio, el legislador ha unificado el resultado típico con el calificativo de ilícito, lo cual significaría que aquellos recursos que posibilitan la adquisición de bienes o cancelación de obligaciones adquiridas las cuales han incrementado el patrimonio del funcionario dan como resultado que estos actos están en contravención del ordenamiento jurídico.

Por otro lado para que el resultado se le pueda atribuir al funcionario público debe existir una relación de causalidad entre el enriquecimiento de su patrimonio y el desempeño ilegal de sus funciones públicas. La normativa boliviana exige que el enriquecimiento ilícito se produzca en el ejercicio de sus funciones públicas para ser considerado típico. El juez no necesita comprobar el nexo causal entre el enriquecimiento y un acto contrario al ordenamiento jurídico del funcionario público, puesto que éste acto ilícito se presume cometido si el suceso típico se ha producido dentro del ámbito temporal del ejercicio de sus funciones determinado en el tipo por el legislador.

De acuerdo con esta idea, el legislador boliviano estructura y constituye la figura penal del delito de enriquecimiento ilícito como un “delito de resultado con causalidad presunta”, puesto que vulnera los principios de carácter penal y constitucional. Como ejemplo, en el *in dubio pro reo*, por tratarse de una relación de causalidad, en esta relación causal existe inseguridad en el sentido que exista un acto contrario a la norma según el cargo, por lo que este tipo penal vulnera el concepto de derecho penal democrático. Igualmente, respecto a la imputación objetiva esta teoría exige, por un lado una relación de causalidad, de riesgo entre el resultado y una conducta

peligrosa, o en otras palabras la interrogante ¿ha influido la conducta en el resultado ilícito descrito en el tipo? Observando que el resultado viene junto del predicado “ilícito”, es imprescindible entender por un lado que el enriquecimiento ilícito es un delito contra el ejercicio de las funciones públicas que constituye un acto de corrupción, por lo que podría decirse que a los ojos del legislador: en la obtención de bienes provenientes de la comisión de un acto ilícito relacionado con el ejercicio del cargo público. Sin embargo, analizando las conductas típicas podemos concluir que no existe una relación con un acto funcional ilícito del funcionario público ya que sólo se refieren a actos de obtención de bienes que sobrepasan las legítimas posibilidades económicas que desde un punto de vista fáctico ex ante, no pueden ser consideradas conductas peligrosas para la función pública.

Como conclusión, las conductas descritas en el tipo que constituyen la causa del incremento del patrimonio del funcionario, pero no podemos afirmar que dichas conductas representen objetivamente un contexto de riesgo del bien jurídico, ni materialmente para producir el resultado prohibido en la ley. Esta imputación objetiva es una circunstancia que no se observa en las conductas descritas en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, puesto que no existe una atribución de una determinada acción al resultado.

1.1. Autoría y Complicidad.

Según la terminología ya explicada, el tipo penal de enriquecimiento ilícito solo puede ser ejecutado o cometido por funcionarios públicos o cualquiera que obtenga recursos del Estado de acuerdo con los parámetros de normativos establecidos en la Ley N° 004/2010 y el Código Penal, esta determinación implica una limitación de posibles autores a aquellas personas que poseen ciertas cualidades jurídicas, requisitos expresamente exigidas en las mencionadas normas legales.

4.1. Autoría directa o inmediata.

De esta manera, el sujeto que realiza la conducta descrita en el tipo y a su vez posea la calidad jurídica de funcionario público, pueden ser considerado/s «autor-autores» del delito de enriquecimiento ilícito conforme a lo dispuesto en el art. 27 ley 004.

En cuanto a la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz el artículo 5 y el Código Penal estipulan la autoría, por lo cual se subsume el delito de enriquecimiento ilícito, al funcionario público, puesto que el autor es aquel que domina y ejecuta el delito en el transcurso del tiempo y cuyo resultado depende exclusivamente de la voluntad de este sujeto – elemento volitivo el cual ejecuta por sí mismo todos los elementos del tipo penal.

Para identificar al autor partimos de la interpretación del tipo penal, además de criterios de imputación jurídica relacionados a la autoría y la participación establecido y previsto en la parte general del código penal. Con relación a los tipos, se debe cumplir con exigencias del principio de legalidad, y esto nos sirve para diferenciar al autor, coautor. Para esto el código penal establece un sistema diferenciador de las formas de intervención entre autores y partícipes según el Código de Procedimiento Penal –arts. 20, 21, 22, 23–, incluyendo bajo la lógica preceptos cuya finalidad en el castigo de quienes son cómplices

1.2. La complicidad.

El art. 23 del Código de Procedimiento Penal Boliviano se refiere a la complicidad de la siguiente manera: *“Es cómplice el que dolosamente facilite o coopere a la ejecución del hecho antijurídico doloso, en tal forma que aun sin esa ayuda se habría cometido ; y el que en virtud de promesas anteriores, preste asistencia o ayuda con posterioridad al hecho. Será sancionado con la pena prevista para el delito, atenuada conforme el Art. 39”*. Esto dio lugar a las sanciones del coautor o coautores, la particularidad es que la conducta o conductas típicas consideradas peligrosas o lesivas para el bien jurídico protegido la cual es implementada conscientemente por varias personas a las que pertenece y comparten la consumación del tipo de delito o aquellas que oculten, ocultar, disimular o legitimar el incremento patrimonial de un tercero descrito en el Art. 27 de la ley 004. El hecho típico incluyen dos elementos básicos: la ejecución y la toma de decisiones cooperativa, cualidades personales que pueden ser necesarias para ser coautor y elementos subjetivos del tipo injusto.

1.3. La participación en el delito de enriquecimiento ilícito: instigación y complicidad.

Según el concepto de autor restrictivo adoptado por Código Penal Boliviano, según el tipo de intervención delictiva que cada persona hace se distinguen: autores, cómplices, e instigador. Por tanto, el autor es quien incurre en el tipo penal correspondiente a cualquier delito previsto en la parte especial del Código Penal. Por otro lado, los coautores e instigadores se encuentran en una posición secundaria en relación con el autor

En cuando a las formas de participación el Código de Procedimiento Penal en el art. 23 prevé la figura de la instigación diciendo: *“Es instigador el que dolosamente determine a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso. Será sancionado con la pena prevista para el autor del delito.”*. El dato que distingue la instigación de la autoría es que el instigador no tiene el dominio del hecho, no depende de él que el hecho se realice o no. De la definición legal se puede extraer tres elementos:

a) el acto de inducir a otro, siendo la causación de la resolución criminal, el inductor debe provocar la decisión criminal en otra persona. No es inductor el que incide en aquel que ya estaba decidido a cometer el hecho,

b) la realización de un hecho antijurídico doloso por parte de otro, consiste en que el inducido lleve a cabo la autoría objeto de la inducción.

c) su aspecto subjetivo, se refiere al aspecto subjetivo de la instigación y requiere de dolo del instigador y también del hecho doloso cometido por el inducido.

Respecto al marco penal, establece al instigador una sanción en la escala penal prevista para el autor, en caso de que su conducta sea determinante en la consumación del hecho antijurídico.

La descripción del tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 27 de la ley 004 vuelve a tornar difíciles los casos en los que pueda intervenir un instigador.

Debe insistirse que esta figura penal consiste en el enriquecimiento patrimonial injustificado de un funcionario público, de modo que la conducta del instigador debe ser referente a lo que está tipificado y no a lo que se presume. En base a este entendimiento, resulta poco probable la hipótesis de que alguien instigue a un funcionario público la resolución de aumentar excesivamente su patrimonio por encima de sus legítimas posibilidades económicas.

Respecto al cómplice en casos de enriquecimiento ilícito, es necesario demostrar que la ayuda o aportes que brinda el cómplice el cual es relevante para la consecución de resultados (su desproporcional enriquecimiento patrimonial). Según la jurisprudencia, el caso de colusión más común en los delitos en estudio es cuando un funcionario público se enriquece a través de un tercero tipificado art. 29 de la ley 004 como favorecimiento al enriquecimiento ilícito.

En cuanto a la asociación ilícita o complicidad para participar en el delito de enriquecimiento ilícito, requiere un marco temporal, dentro del cual debe materializarse la intervención del cómplice y debe llevarse a cabo anteriormente o al mismo tiempo y además debe ser de utilidad para el hecho realizado por el autor, pero no posterior al hecho.

Es un caso problemático la calificación jurídica de los terceros que ayudan a ocultar o disimular los bienes ilícitamente obtenidos por el funcionario público. El propósito es asegurar el goce de los beneficios del acto ilícito cometidos por el funcionario público, puesto que el autor ha cometido el delito, ningún acto puede promover la perfección de este acto, se puede observar la existencia de dos clases de comportamientos accesorios: por un lado el que favorece a la comisión del delito y por otro lado que favorece a los beneficios y a que el delito no sea descubierto. Al respecto La

Ley No. 004 establece en el Art. **35**. *Sobre la denuncia voluntaria: toda persona que hubiere participado o participe como instigador, cómplice o encubridor, que voluntariamente denuncie y colabore en la investigación y juzgamiento de los delitos sistematizados en los Artículos 24 y 25 de la presente Ley, se beneficiará con la reducción de dos tercios de la pena que le correspondiere.* Además se incluye mediante la Ley de Fortalecimiento para la Lucha contra la Corrupción el "Artículo 35 Bis. (Colaboración Eficaz). I. *La o el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la acción penal, en materia de corrupción, respecto de alguna de las personas imputadas cuando ésta colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar la consumación del hecho o la perpetración de otros, desactivar organizaciones criminales, ayude a esclarecer el hecho investigado o brinde información útil para probar la participación de otras personas, cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del colaborador.* II. *El juez declarará extinguida la acción penal o suspenderá el proceso hasta que la colaboración prometida sea brindada, luego de lo cual declarará extinguida la acción penal.* III. *La información que proporcione el colaborador debe permitir lo siguiente: 1. Evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución.*

Asimismo, impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse; 2. Conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando; 3. Identificar a los autores y partícipes del delito cometido o por cometerse o a los integrantes y su funcionamiento, que permita desarticularla o detener a uno o varios de sus miembros. IV. *Los criterios para aplicar los beneficios serán los siguientes: 1. El tipo y el alcance de la información brindada; 2. La utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas; 3. El momento procesal en el que el imputado brinda la colaboración; 4. El tipo de delito que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir; 5. La gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos; 6. Se beneficiará especialmente a quienes colaboren en primer término.* Al respecto concluimos que si bien identificar a los participantes es problemático, con la colaboración eficaz se podrían encontrar mayores indicios y establecer responsabilidades por lo cual es necesario que el interprete inicie de la siguiente postura de que el delito se consuma cuando un funcionario público incrementa su patrimonio más allá de su posibilidad económica legal, el conocimiento de que las actuaciones produjeron el resultado necesariamente debe derivar de las acciones típicas descritas.

2. APLICACIÓN DEL ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

En derecho penal y la teoría del delito en la que el dolo requiere el conocimiento de que lo sucedido fue previsto por un tipo injusto, mientras que un error de tipo supone que el sujeto no conoce algunos o todos los elementos del tipo y por otro lado, el error de prohibición supone el desconocimiento de que conducta está prohibida el Código Penal se refiere a errores de tipo en el art.16-1: — *El error invencible sobre un elemento constitutivo de tipo penal excluye la responsabilidad penal por este delito. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuere vencible, la infracción será sancionada con la pena del delito culposo, cuando la Ley lo conmine con pena. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá la aplicación de la pena agravada. El delito cometido por error vencible sobre las circunstancias que habrían justificado o exculpado el hecho, será sancionado como delito culposo cuando la Ley lo conmine con pena*". En caso de tratarse de un error de prohibición respecto al desconocimiento de que hechos están prohibidos, tomando en cuenta hechos y circunstancias personales del autor y que pudieran ser superados esos errores o ignorancia de la norma entonces se considera y se sanciona como una infracción culposa, este tipo de error esta descrito en el Código Penal art. 16-2: "*El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuera vencible, la pena podrá atenuarse conforme al Art.39.*".

Tomando en cuenta que el tipo objetivo del delito de enriquecimiento ilícito es esencial para que la conducta sea típica que el funcionario público sepa que su incremento patrimonial es desproporcional a sus posibilidades económicas legales, por tal motivo cualquier desconocimiento sobre los elementos del tipo se considera un caso de error de tipo. Desde nuestra perspectiva el factor determinante es aquel que establece la ilicitud del enriquecimiento, que el tipo describe en términos con la palabra "desproporcional" lo cual muestra que el supuesto se basa en un elemento normativo, el cual consiste en la capacidad económica fluctuante, es posible que el funcionario público pueda probar en juicio el desconocimiento de la realidad de su patrimonio excesivo respecto a su legítima capacidad económica, esta circunstancia excluye el dolo puesto que el delito de enriquecimiento ilícito no contempla la modalidad típica culposa.

Con lo descrito es evidente que existe una diferencia fundamental entre que el funcionario público realice la conducta punible con desconocimiento de cualquier elemento del tipo, y que la realice dolosamente. Al respecto MUÑOZ CONDE afirma que la distinción entre tipicidad y antijuridicidad exige distinguir entre el conocimiento de los elementos pertenecientes a la tipicidad y aquellos

elementos que pertenecen a la antijuridicidad. El dolo que implica el conocimiento de los elementos del tipo es un dolo natural que no tiene que ver con el conocimiento de la antijuridicidad. Que de funcionario público en su calidad jurídica supone el comprensión de derechos y obligaciones especiales que el Estado ha establecido, en este sentido el sujeto que presta servicios públicos disponiendo de recursos públicos está regulado por normas previstas en el ordenamiento de la función pública, específicamente la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz y el Código Penal boliviano entre otras, por ello los funcionarios tienen el deber de informarse sobre la normativa que regula su posición jurídica, especialmente aquellas normas jurídicas especiales relacionadas al ejercicio de sus funciones.

Una consecuencia del deber de conocimiento de los funcionarios públicos es que esta situación se limita en casos en los que se podría alegar error sobre el conocimiento normativo de sus funciones con base en el principio *ignorantia iuris non excusat* que sostiene que nadie puede excusarse de la responsabilidad derivada del desconocimiento de la ley, se establece claramente de esta manera que el desconocimiento regulatorio no puede beneficiar a los funcionarios públicos como a cualquier otra persona.

En base a estos argumentos está claro que, si un funcionario público decide usar su cargo para cometer un hecho de corrupción, ajusta de esta manera su acción a contravenciones de un actuar permitido esto provoca un riesgo puesto que el funcionario es capaz de saber qué acciones son ilegales y pese a su conocimiento igualmente ha cometido acciones reprochables.

3. TIPO PENAL Y LAS CONSECUENCIAS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

Cuando el legislador determina el contexto social y los intereses más importantes protegidos por la ley penal, debe tomar dos pasos: 1. Seleccionar las conductas que más lo amenazan y 2. Formular las sanciones penales necesarias para evitar estas conductas.

Sin embargo, en un Estado de Derecho la elección y sanción de conductas que ponen en peligro o lesionan los bienes jurídicos se encuentran sometidas a principios constitucionales, de los cuales el principal e importante es el de legalidad penal. El cual constituye una garantía de todo ciudadano ya que permite saber qué es lo que está prohibido y sus consecuencias. Por lo cual, no sólo se exige que las conductas delictivas estén descritas en la ley, sino también las penas sean expresamente determinadas en ella. En ese sentido, el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL prevé el principio de legalidad penal en el art.4 que dice: *No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, las Leyes dictadas para regir solo durante un tiempo determinado se aplicarán a todos los hechos cometidos durante su vigencia*".

La función pública es un bien jurídico necesario al servicio de la sociedad las cuales en su mayoría están dirigidas a satisfacer sus necesidades básicas. En base a esto, está claro que los comportamientos que producen una perturbación a la función pública deben ser pasibles a la aplicación de una pena, criterio refrendado por los art.25 del Código Penal es la respuesta del Estado ante una infracción penal, definida en el marco de este Código, como crimen, delito o falta. En ese sentido, el legislador boliviano ha incriminado y agrupado en el **Título II** del código penal bajo la reseña: **Delitos Contra la Función Pública**, a los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones y dentro la ley No. 004, describiendo más claramente en este último los comportamientos punibles que se encuentran en conexión con un único posible autor, un funcionario público poseyendo una relación tan íntima con el bien jurídico que tiene la posibilidad de vulnerarlo, o cualquier persona natural o jurídica que reciba fondos económicos del Estado o que causen grave daño económico al Estado Ley N° 1390 Artículo 4. (Modificaciones a la Ley N° 004 De 31 De Marzo De 2010, De Lucha Contra La Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación De Fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz") 5. *Grave Daño Económico. Es la afectación económica ocasionada al Estado, cuyo detrimento sea igual o superior a Bs7.000.000.- (Siete Millones 00/100 Bolivianos), o cuando la afectación sea producida por la Máxima Autoridad Ejecutiva o ex Máxima Autoridad Ejecutiva de una Entidad o Empresa Pública*

Constatado el merecimiento de pena el siguiente paso es decidir sobre el tipo y forma de pena aplicable realizando para ello un análisis coste-eficacia sobre los efectos de la imposición de la pena, respecto al grado de peligrosidad de los sujetos, el índice de frecuencia de dichas prácticas y las necesidades de prevención respecto a la comisión de este género de conductas incriminadas.

El legislador utilizará este procedimiento al momento de determinar preceptos penales, y exigirá una cierta relación entre la gravedad del delito y la sanción que va imponer dentro del marco legal de forma general.

El legislador ha establecido en el art. 25 de la Ley N° 004/10 nuevos tipos penales entre los que se encuentra el objeto de nuestro estudio: el enriquecimiento ilícito modificando e incluyendo este tipo penal en la legislación boliviana art 27 que todo funcionario público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito sea *sancionado con prisión de cinco (5) a diez (10) años e inhabilitación de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.*

De conformidad a esta perspectiva se puede indicar que los delitos en los que incurre un funcionario público contiene el incumplimiento tanto de deberes como de obligaciones establecido

en la norma jurídica para regular su desenvolvimiento dentro su rol social que desempeña como sujeto activo, es decir, siendo que sobre ellos existe el ejercicio de una función pública institucional que se constituye como suficiente para crear mínimamente un peligro del bien jurídico protegido que en nuestra legislación es la función pública. Para la imposición de una sanción para la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito el legislador ha incluido penas privativas de libertad, penas pecuniarias y de inhabilitación.

Respecto a las penas pecuniarias no toma en cuenta un parámetro para imponer una sanción solamente fija una multa general de 401 a 500 días, sin tomar en cuenta ni las condiciones circunstanciales que rodean el hecho juzgado o personales del autor y que determinan la fijación judicial de la pena. Sin embargo las penas pecuniarias presentan efectos positivos en la lucha contra la corrupción, aunque en nuestro ordenamiento presenta dificultades que el citado artículo no resuelve:

En primer lugar, fija con certeza la cuantía de la pena sin tomar en cuenta el patrimonio del autor, pues prescinde de criterios para la fijación de la pena en el caso concreto. Otra dificultad en los casos de enriquecimiento ilícito es que el tribunal deberá identificar cuáles son los bienes adquiridos por el funcionario de forma justificada y cuáles no, pues estos últimos constituyen beneficios ilícitos sometidos al comiso que por expreso mandato de la normativa boliviana.

En cuanto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas establecido es otra institución preventiva importante para la lucha contra la corrupción pública. La finalidad de esta pena se encuentra en la preservación de las funciones públicas no pudiendo ser puestos en peligro por personas que después de la condena por un delito así sigan ocupando cargos en la función pública, después del cumplimiento de la pena principal. Al respecto, la doctrina observa el efecto de la pena de inhabilitación actualmente está contenida en el código penal mediante modificaciones al código penal de la ley N° 1390 la cual establece el art. 34: *1. De cuatro (4) hasta diez (10) años en delitos con pena privativa de libertad; 2. De seis (6) meses a cuatro (4) años en delitos culposos o con sanción no privativa de libertad. IV. En su determinación y aplicación se observarán las siguientes reglas: 1. La inhabilitación afectará exclusivamente al empleo, oficio, profesión, servicio público, de cuyo ejercicio u ocasión se abusó para la comisión del hecho; 2. La inhabilitación impuesta se anotará en el o los registros correspondientes; y, 3. El incumplimiento injustificado de la inhabilitación dará lugar a privación de libertad efectiva por un cuarto del tiempo impuesto o de lo que reste de su cumplimiento, sin perjuicio de quedar subsistentes su anotación en los registros correspondientes.* La cual también contempla la rehabilitación adecuándose de esta manera a la constitución. Además especifica en el mismo

cuerpo legal que su determinación y aplicación bajo las siguientes reglas: que *afectará exclusivamente a empleo, oficio, profesión o servicio público, de cuyo ejercicio u ocasión se abusó para la comisión del hecho*”

Sobre este punto, creemos que la actualización de la pena de inhabilitación el año 2021 es un avance importante en términos constitucionales puesto que establece claramente el tiempo en que esta pena se hace efectiva que es desde el día que haya cumplido la pena principal, así mismo establece claramente el tiempo de duración y el momento de la rehabilitación y las penas por incumplimiento de esta sanción todo esto a efectos de que exista un único y coherente sistema de sanciones para todos los funcionarios públicos todo esto de conformidad al principio de legalidad.

4. CONSTITUCIONALIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

El Delito objeto de estudio es una de las figuras más polémicas en la que su constitucionalidad ha sido cuestionada puesto que si tomamos en cuenta que mencionado precepto penal entiende al enriquecimiento ilícito como la obtención de un incremento patrimonial por parte del funcionario público que no guarda proporción respecto a sus ingresos legítimos y que su justificación legítima es un requisito para desvirtuar la culpabilidad, es de esta forma que la se sospecha la comisión de un delito – *en general razonable* – *de que un enriquecimiento que no puede explicarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe provenir de una actividad delictiva*⁹³

Sobre el principio de legalidad, se sostiene en especial en los países de América Latina que este delito está compuesto por una pluralidad de actos y un comportamiento positivo que consiste en incrementar el patrimonio ilícitamente y un comportamiento negativo que consiste en la no justificación lícito del patrimonio. Por lo tanto la conducta atípica no está debidamente determinada, así mismo se considera que los funcionarios públicos tienen bajo su responsabilidad los fondos públicos en tal sentido no pudiendo oponer el principio de inocencia como defensa para sí, toda vez que su cargo implica que ha asumido un deber de cuidado superior al general.

⁹³HERNÁNDEZ BASUALTO, H., —Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno]], en Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Prof. A. Serrano Gómez. V.V.A.A. Madrid, 2006, p. 794

4.1. Principios del derecho Vulnerados:

4.1.1. El delito de enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia:

a) **el principio de legalidad:** Referido en latín *nullum crimen sine lege*, este principio está ligado íntimamente con la seguridad jurídica donde la ley es la fuente del derecho penal por lo tanto no puede admitirse la interpretación análoga, así mismo la conducta punible debe estar descrita con precisión y taxatividad. Art. N° 4 del Código Penal

En el delito de enriquecimiento ilícito, como se encuentra redactado actualmente no estaría debidamente tipificado, cuenta con una definición de lo que debe entenderse como enriquecimiento ilícito pero es un delito de resultado y no una conducta típica en sí, no tenemos el verbo rector que permita establecer cuál es el acto ilícito que acarrea la responsabilidad penal, lo que castiga no es la conducta sino la sospecha. Tampoco imputa un delito concreto en ese sentido la sospecha es el fundamento medular del enriquecimiento ilícito, lo cual es inaplicable en el marco jurídico garantista.

En el mismo contexto garantista penal, se quebranta el principio *nulla iniuria sine actione*, o el principio material de la acción, según el cual no existe daño si no hay acción voluntaria concreta perpetrada por un sujeto; y si no hay daño no existe la necesidad de la intervención penal. Una de las finalidades del principio de legalidad es determinar claramente y precisamente la conducta típica definida por el legislador como delito o crimen. En los delitos de enriquecimiento ilícito es posible que llegue a condenarse a un funcionario público sin saber exactamente el hecho ilícito cometido, basta que el mismo no justifique que el aumento patrimonial haya tenido orígenes lícitos.

b) El principio de inocencia y la carga probatoria

Este principio está garantizado en el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en la Constitución (Art. 76 Núm. 2) y en el Nuevo Código de Procedimiento Penal. *“Artículo 6.- (Presunción de inocencia). Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada.*

En el caso del rebelde, se publicarán únicamente los datos indispensables para su aprehensión.”

Refiriéndose al principio de inocencia como “situación jurídica de inocencia”, donde quien enfrenta un proceso penal no es presuntamente inocente sino inocente. Tanto la CPE en el art 117 y la ley penal indican expresamente la presunción de inocencia como un principio fundamental, sin

embargo en la figura del enriquecimiento ilícito se presume la culpabilidad del funcionario público en los que la sospecha genera una investigación imponiendo de esta forma al procesado demostrar su inocencia. Entonces lo más contundente es que la inversión de la carga de la prueba torna a este tipo la violación de la presunción de inocencia, en condiciones normales la carga de la prueba recae sobre el acusador Art. 6 Código de Procedimiento penal. Es de atención especial el valor de la prueba indiciaria para destruir la presunción de inocencia en el enriquecimiento ilícito, aceptando que una reconstrucción de los hechos será compleja, más cuando se trata de delitos de cuello blanco, una de las formas de contrarrestar la impunidad es la aplicación de enlaces lógicos jurídicos que relacionen los indicios con las presunciones razonables, cuyos indicios deben ser datos objetivos, variados y guardar concordancia entre sí. El ministerio público tendrá que investigar eficientemente para hacer hallazgos que permitan mostrarle al tribunal penal que el incremento patrimonial es la consecuencia de un ejercicio abusivo del cargo, aunque no siempre se pueda conocer de manera directa en qué consistió el abuso.

c) El principio de no declarar contra sí mismo:

Este principio está contemplado en los artículos 8 y 9 del Pacto de San José, en concordancia con el Art. 121 de la Constitución. Este principio se relaciona al derecho al silencio art. 95 Código de Procedimiento Penal siendo de esta forma que el silencio no puede interpretarse como admisión tácita de culpabilidad, en los delitos de enriquecimiento ilícito el presunto autor tiene la obligación de justificar la procedencia de su enriquecimiento, tiene la opción de confesarse autor o, si no puede justificar su enriquecimiento, guardar silencio, con lo que igualmente quedaría como autor. En el enriquecimiento ilícito la falta de justificación del incremento patrimonial que puede consistir precisamente en guardar silencio, hace que se incurra en el delito.

e) El principio de culpabilidad

Actúa culpablemente quien comete un acto típico y antijurídico, y que además tiene la posibilidad de comportarse conforme a derecho (comprender la norma y encontrarse en una situación que le permita determinar su conducta conforme aquella). La acreditación de la culpa es fundamental para la imposición de una pena, “no hay pena sin culpa”. Un individuo asumiendo capacidad volitiva e intelectual normal debe encontrarse también en la situación de actuar conforme a la norma. Existen legislaciones que el enriquecimiento ilícito es un delito de omisión que consiste en no poder justificar el origen del patrimonio que finalmente resulta en una desobediencia de un requerimiento administrativo.

f) El debido proceso como garantía fundamental

El debido proceso tiene su origen en el derecho anglosajón formulado en la historia de la Carta Magna de Inglaterra en 1215 “ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra.”

El debido proceso es aquel que respeta los principios legales, constitucionales e internacionales relacionados con los Derechos Humanos. Los principios que consideramos violentados son integrantes de la garantía que ofrece el debido proceso, las garantías tiene la función de hacer valer la titularidad de los derechos y hace efectivo el derecho fundamental de acceso a una justa y transparente Administración de Justicia y el derecho a la seguridad jurídica, así como el derecho a la defensa.

CAPITULO VI

EL DECOMISO COMO MECANISMO PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Uno de los objetivos de este capítulo es acercar a algunos órganos del Estado y de la sociedad civil elementos que promuevan arreglos institucionales, legales adecuados y mecanismos efectivos para lograr la restitución de dineros indebidamente obtenidos, en detrimento de la sociedad en su conjunto, éste es el objeto del presente apartado, de modo tal que se permita aproximar al ciudadano a un trato justo, acceso y disfrute de los recursos económicos que el Estado provee para la promoción de los derechos humanos.

El decomiso del producto del delito es una de las principales estrategias de política-criminal para reducir mercados ilícitos relacionados con la criminalidad organizada – tráfico de drogas, armas, órganos, etc., y la corrupción pública. La idea sustentada en la estrategia es que el decomisar las ganancias contribuye a reducir los mercados producto de este tipo de transacciones con bienes o servicios del comercio legal, un aspecto fundamental de esta idea es la contribución orientada al decomiso, si se enfoca en atacar las finanzas de los eslabones superiores de las organizaciones delictivas.

La práctica de esta estrategia, supone, enfocarse en quienes blanquean el dinero obtenido ilícitamente esto provoca que la recuperación de activos se convierta en uno de los proyectos jurídicos más complejos y ambiciosos, que requiere necesariamente la colaboración de diferentes organismos del Estado tanto para la identificación el rastreo de bienes, identificar las complicadas transacciones financieras y la habilidad para litigar competentemente en varias ramas del derecho.

En el caso de la corrupción pública, en nuestro país también puede hablarse de la corrupción política a la cual se suma la falta de voluntad política para investigar casos particulares e inferir en la persecución de los casos concretos.

Para poder soslayar estas dificultades planteadas, más de 140 países han ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción la cual establece un sinnúmero de acciones siendo la “recuperación de activos” elegida como un “principio fundamental” del tratado (art. 51). A pesar de que la Bolivia ratificó la Convención el desempeño de los órganos competentes del Poder Ejecutivo, Ministerio Público y del Poder Judicial para prevenir, identificar

y actuar coordinadamente para recuperar a favor del Estado el producto obtenido en delitos de corrupción ha sido prácticamente nulo.

Existiendo en nuestro país una interferencia política al igual que en muchos países del mundo, existen también regulaciones deficientes que no permiten desplegar las estrategias legales para investigar a nivel local y en el exterior por otro lado la falta de experiencia en la coordinación institucional entre las instituciones encargadas y creadas para este propósito, así como el Ministerio Público y el desconocimiento sobre los estándares legales y prácticas de los centros financieros para localizar, embargar, decomisar y si fuere necesario repatriar el producto de los delitos de enriquecimiento ilícito dentro de los diferentes tipos de corrupción.

1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DECOMISO CIVIL

La Sociedad boliviana demanda la imposición de sanciones que permitan la recuperación de activos obtenidos ilícitamente y hechos de corrupción en sentido mas amplio, pudiendo acudir a otras ramas del derecho, como el civil poder alcanzar este cometido, puesto que los mecanismos actuales no cumplen estos parámetros eficaces en la persecución de delitos de corrupción de contenido económico, financiero y patrimonial. Este apartado pretende el diseño de un mecanismo jurídico que permita el decomiso civil, como herramienta para la recuperación de activos obtenidos ilícitamente, incluido un análisis que conceptúa la reparación del daño patrimonial causado al Estado priorizando sanciones civiles de carácter económico independiente a sanciones privativas de libertad.

1.1. Responsabilidad del Funcionario Público

La responsabilidad es la capacidad de toda persona de conocer, entender y aceptar las consecuencias de un acto, así como la relación de causalidad que une al autor con la acción, la cual surge a partir de la libertad y una obligación. Para que surja la responsabilidad, el autor del acto u omisión que generó una consecuencia constituye una obligación de reparar y satisfacer la consecuencia de un delito. En el ámbito jurídico supone la sujeción de una persona que vulnera un deber y produce un daño surge de esta manera la transgresión de un deber y la lesión de un bien jurídico protegido.

Los servidores públicos se encuentran investidos de responsabilidades administrativas, ejecutivas, penales y civiles cuya violación genera una transgresión a la norma jurídica, un acto de corrupción lesiona los intereses de la sociedad y deben ser sancionados corporal o económicamente.

Este marco teórico surge a partir de los antecedentes internacionales de los Derechos Humanos quedando la reparación del daño como prioritario.

1.2. Reparación del Daño Social

En los casos de corrupción la impunidad parece ser la consecuencia siendo en este sentido de interés el trabajo de Van Boven (1993), *“En muchas situaciones (...) cuando las autoridades del Estado renuncian a investigar los hechos y a determinar las responsabilidades penales, resulta muy difícil para las víctimas o sus familiares emprender acciones legales eficaces con el fin de obtener una reparación equitativa y adecuada (...) Puede concluirse que en una atmósfera social y política en la que prevalece la impunidad, es probable que el derecho a la reparación que tiene las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales sea una mera ilusión (pp. 127 y 130).”*

En este sentido hace necesaria precisar el enriquecimiento ilícito existiendo una forma de cuantificar al menos la ganancia ilegal obtenida por el abuso de poder partiendo de la obligatoriedad del documento de declaración de bienes y rentas y aquellos bienes que conforme a cálculos bancarios y de acuerdo a la remuneración que recibe y aquellos bienes sobre los cuales no puede acreditar su legítima obtención. El objetivo de la reparación del daño patrimonial es recuperar los bienes en favor del Estado y fomentar que nadie incurra en estos actos y devolver la confianza institucional de la sociedad.

La característica del mecanismo de recuperación de activos para la reparación del daño es su carácter de acción in rem sobrevienes sospechados como producto del enriquecimiento ilícito de conformidad a los requerimientos probatorios del derecho civil, con el fin de determinar la legitimidad e ilegitimidad del patrimonio del funcionario público y que aquellos sobre los cuales no pueda acreditar su incremento patrimonial legítimo sean transferidos al Estado, basado en los art. 31 y 51 al 59 de la CNUCC y de Estados Unidos de Norteamérica (Law Corner, Civil Forfeiture, 2019) US Code, Título 18, Parte I, Capítulo 4, secciones 981, 983, 984, 985 y 986). Es importante puntualizar que esta acción de recuperación de activos se hace imposible puesto que el procedimiento penal exige la adjudicación de la responsabilidad personal del sujeto como requisito indispensable a cualquier acción sobre los bienes de su propiedad; producto, objeto del delito, ejecución de multas o indemnizaciones. Aunque la ley penal permite la incautación e inmovilizar preventivamente los bienes es necesaria una condena penal ejecutoriada para desapoderarlo. La CNUCC sugiere implementar mecanismo de recupero en el artículo 31 numeral 8 refiere: *“Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que*

demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.”

1.3. Decomiso civil

Fue incluido inicialmente en la legislación antimafia de Italia en 1965, el decomiso civil o sin condena ha sido adoptado por los países anglosajones (Estados Unidos, Irlanda, Reino Unido, Australia, y provincias canadienses)

En nuestra región, bajo la influencia de los programas de reforma financiados por la Agencia para el Desarrollo de Estados Unidos (USAID), han adoptado esta figura aunque con diferentes matices, en los ordenamientos jurídicos de Colombia, Perú y México y proyectos en estudio en las legislaturas de Brasil, Guatemala, Panamá Ecuador y nuestro país instituto con el nombre de *extinción del dominio*.

El decomiso civil consiste en una acción a través de la cual el Estado cuestiona la titularidad de un bien sobre la base de que es o ha sido adquirido con el producto de un delito, basado generalmente en la desproporción patrimonial del titular o la conexión entre el bien con un delito bajo investigación, sobre el cual quien tenga mejor derecho sobre el bien debe probarlo.

El TEDH aceptó la compatibilidad con la presunción de inocencia y el derecho de propiedad en los numerosos casos que ha enfrentado Italia, que legisló este instituto en 1965, el Tribunal Constitucional de Colombia⁹⁴, Corte Constitucional de Sudáfrica⁹⁵, Corte Constitucional de Irlanda⁹⁶, Corte Suprema de Estados Unidos⁹⁷, entre otros sin haber establecido objeciones constitucionales a este procedimiento.

2. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Con el fin de la guerra fría puso la reducción de la corrupción pública en el centro de la agenda internacional, la creación de nuevos mercados generó la necesidad de establecer reglas para las oportunidades sobre los inversores y exportadores en el mundo en desarrollo, todos estos factores hizo que la corrupción pública deje de ser un tema interno protegido por el principio de soberanía. En los años '90 surgieron estudios que afirmaron que la corrupción constituye un obstáculo para el desarrollo económico y social. Ello generó el surgimiento de los tratados

⁹⁴ Sentencia C-1065/2003.

⁹⁵ NDPP v. Mohamed No and Ors (2003).

⁹⁶ Murphy v. GM, PB, PC Ltd y GH, (2001) IESC 92.

⁹⁷ US v Ursery, 24.06.1996.

regionales (OEA, UE, UA) y sectoriales (OECD) y en programas de cooperación para el desarrollo enfocados en reformas legales e institucionales orientados en su mayoría en reducir la corrupción administrativa, o “pequeña corrupción”, pero que no afecta directamente a la corrupción política o “gran corrupción”.

La recuperación de activos requiere esfuerzos a nivel político, administrativo, de países en vías de desarrollo como víctimas de los actos de sus funcionarios públicos como de los países llamados paraísos fiscales.

El esfuerzo más importante para reducir la corrupción política a nivel global ha sido la Convención OECD contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

A pesar de que algunos autores proclamaron ya a fines de los años '80 la necesidad de estimular la repatriación del producto de la corrupción como una estrategia que los países centrales podían liderar para reducir el fenómeno en los países en desarrollo fue hasta el año 2000 que el G-7, usando como plataforma las Naciones Unidas, dio la señal inicial de que se debían aunar esfuerzos para remover los obstáculos legales que impedían que países (generalmente en desarrollo) repatriaran los bienes que algunos de sus líderes políticos habían obtenido ilícitamente y ocultado en (usualmente) los principales centros financieros del mundo (ONU, 2000).

Estimaciones consideran que al menos el 30% de los flujos de cooperación para el desarrollo es anualmente desviado en hechos de corrupción y exportados a centros financieros. Esta cifra provoco que se inicien una política global para promover esfuerzos más serios a establecer bases jurídicas que facilitaran la recuperación de activos de la corrupción (BM y UNDOC, 2007).

Esfuerzos para recuperar el producto de la corrupción pública venían siendo realizados desde mediados de los años '80 por los gobiernos de Filipinas contra Ferdinand Marcos, de Haití contra Jean-Claude “Baby Doc” Duvalier, de Perú contra Montesinos y Fujimori.

Basados en las experiencias de los casos mencionados pusieron en evidencia que la metodología era el de exportar las ganancias ilícitas que conocemos actualmente como lavado de activos donde los bienes obtenidos ilícitamente eran administrados por una institución financiera de fondos, un estudio jurídico o contadores con deberes de confidencialidad quienes enviaban los dineros usando en muchos casos vehículos corporativos registrados en países que otorgan anonimato a los beneficiarios en centros financieros que proveen servicios *offshore*, estas son empresas creadas en paraísos fiscales para evitar pagar impuestos lo cual minimizaban las posibilidades de rastrear el dinero mediante transacciones en efectivo e intermediaciones; y que

finalmente realizaban inversiones seguras en centros financieros con estrictas leyes sobre secreto bancario, que permiten a los beneficiarios disfrutar de tales ganancias ilícitas a resguardo de las investigaciones judiciales.

En todos estos casos, gobiernos democráticos demandaban cooperación de los mayores centros financieros mundiales a fin de localizar y recuperar estos patrimonios estatales de manos de líderes, familiares y colaboradores

Los tratados bilaterales y la normativa interna de los países donde se encontraban los bienes reclamaban, como requisito para la restitución, sentencias firmes, la mayoría de las veces, este requisito resultaba imposible de cumplir debido al uso indebido de influencias que eran usados para destruir pruebas, corromper jueces, o eludir el juzgamiento a través de amnistías, indultos, inmunidades o fuga de la jurisdicción. En otros casos, los procedimientos incompatibles que extendían indefinidamente los procedimientos para dar una oportuna solución

Para superar estos y otros obstáculos, más de 140 países suscribieron la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el primer instrumento internacional obligatorio en establecer el derecho de los Estados Partes a repatriar las ganancias obtenidas a través de la comisión de delitos asociados con la corrupción pública.

3. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL CONTEXTO REGIONAL

En el contexto latinoamericano, las experiencias en materia de recuperación de activos han sido, hasta el momento, limitadas, los obstáculos para la recuperación de activos de origen ilícito tiene como principales razones: la falta de instrumentos jurídicos eficientes, la falta de entrenamiento de las autoridades encargadas de la justicia penal y los excesivos requisitos exigidos por los centros financieros para cooperar internacionalmente.

Más allá de algunos esfuerzos específicos, como el de Chile contra Pinochet, el de Perú y el de Brasil países donde la recuperación de activos de origen ilícito fue parte de una política pública, incentivada desde la estructura institucional exclusivamente dedicada a esta función

3.1. *Recuperación de activos de origen ilícito en Perú*

La caída del régimen de Fujimori provocó el desarrollo de una estructura institucional enfocada en la investigación y persecución penal de la corrupción y la recuperación del producto de los delitos del entorno más cercano a Fujimori y a Vladimiro Montesinos. Producto de los esfuerzos durante el gobierno de transición (años 2000 y 2001) y los primeros años de la presidencia de Alejandro Toledo permitieron recuperar y repatriar de diversas jurisdicciones como: la

Confederación Suiza, los Estados Unidos y las Islas Caimán cerca de 175 millones de dólares, y mantener congelados más de 30 millones en Suiza, Panamá, México y Luxemburgo. A mayoría del dinero recuperado estuvo en manos un grupo de militares del círculo íntimo de Montesinos, vinculadas a hechos (tráfico de armas y defraudaciones en obras públicas).

Las reformas implementadas para obtener un resultado positivo incluyeron la creación de unidades específicas dentro de la Policía Nacional, del Ministerio Público, de la Procuraduría y del Poder Judicial, que se dedican a la investigación, persecución penal, recuperación de activos y juzgamiento de hechos de corrupción lo cual facilitó la obtención de las evidencias y pruebas necesarias para condenar a los altos funcionarios dentro los cuales estaban ministros, militares y la histórica condena del ex presidente Fijimori por violaciones de derechos humanos y juicios por corrupción.

La Procuraduría especial dependiente del Ministerio de Justicia fue objeto de manipulaciones políticas pero ante esta situación los funcionarios fueron reemplazados a fin de evitar la inmersión política en estos casos a pesar de todos los avances tanto políticos como legales e institucionales desde el año 2004 no se han recuperado activos adicionales.

De la experiencia peruana podemos sugerir que el diseño institucional asociado a un “caso emblemático” debe ser acompañado por acuerdos políticos de largo plazo y una cultura institucional que permita la investigación y persecución penal de los hechos de enriquecimiento ilícito y corrupción además de la recuperación del provecho que estos actos generan.

3.2. Recuperación de activos brasileña

En materia de recuperación de activos en Brasil ha sido diferente de la peruana puesto que en enero de 2004, después de la asunción de Lula como presidente, el Ministerio de Justicia creó un Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Internacional (DRCI). Su creación no estuvo vinculada a ningún caso particular sino al objetivo del gobierno de ese país de aumentar la legitimidad del sistema judicial. Desde el punto de vista material, no se limita solamente en los hechos de corrupción, sino a todos los delitos concernientes con el lavado de activos, especialmente aquellos relacionados con el crimen organizado, implementando una Estrategia Nacional de Combate al Lavado de Dinero (ENCLA), que consensuan con 9 organismos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y el Ministerio Público, a nivel federal, y agencias provinciales.

En el ámbito local, la estrategia promueve la disponibilidad de información automatizada para los órganos de investigación, logrando interconectar diferentes bases de datos (financieras, fiscales,

policiales, judiciales, etc.) y hacerlas accesibles a miembros del Ministerio Público y órganos de investigación penal.

A diferencia del caso peruano, en el que el dinero recobrado ha sido aplicado, inclusive, a gastos corrientes Brasil ha creado el Registro Nacional de Bienes Incautados, el cual esta encargado del registro de bienes incautados en la jurisdicción federal y estadual, como de su manutención con miras a evitar la depreciación de su valor durante el transcurso del proceso judicial, debido a la extensa duración de los procesos penales

Otra diferencia con Perú donde gran parte del dinero recuperado del exterior estuvo vinculado a casos en los cuales Vladimiro Montesinos o sus más cercanos estaban implicados, en Brasil los casos y los montos involucrados son menores y sin una apoyo significativo de la comunidad internacional.

Los progresos en materia de investigación local e internacional logrados a partir de las iniciativas del DRCI, como el esclarecimiento conocido caso de impacto político local, “mensalão”. En el cual la unidad de investigación financiera de Brasil (COAF) pudo detectar movimientos financieros que permitió al Procurador General de la República requerir, y al Superior Tribunal Federal de Justicia aceptar, en agosto de 2007, el procesamiento de 40 personas, incluyendo a las más altas autoridades del partido de gobierno, donde se puso en evidencia delitos como: compra de votos en el congreso federal, un sistema de financiación ilegal del partido de gobierno de 10 años

A modo de conclusión; el esclarecimiento judicial de un hecho de corrupción política que involucra a altos funcionarios depende de independencia de las agencias de investigación y de la voluntad política de esclarecerlo, en base a la experiencia brasileña observamos un enfoque sistémico consistente en orientar la persecución penal hacia el decomiso del producto del delito a fin de obtener un resultado adecuado y oportuno.

3.3. Enseñanzas para Bolivia

En nuestro país, donde en los últimos años la corrupción ganó visibilidad social, aunque se crearon diferentes instituciones con el fin de identificar y rastrear los hechos de Enriquecimiento Ilícito y corrupción, los esfuerzos han sido vanos los cuales generalmente respondieron a alguna coyuntura política.

En materia de recuperación de activos no ha habido, hasta el momento, ninguna política institucional específica o algún caso en el cual se haya aplicado del decomiso de activos en beneficio del Estado.

La investigación de los hechos de corrupción y enriquecimiento ilícito ha sido parte de los “acuerdos de gobernabilidad”. A pesar de que la ciudadanía reconoce al enriquecimiento ilícito como uno de problemas sociales más serios, ello no se traduce en alguna estrategia política.

La lección más interesante que podemos extraer para el caso boliviano de la comparación entre las experiencias de Perú y Brasil, es que si bien un caso emblemático puede funcionar como catalizador para comenzar el proceso, dirigir la persecución penal hacia el decomiso del producto del delito requiere la construcción de una estructura institucional capacitada y cultura política preparada para enfrentar los efectos de transparentar los flujos de dinero.

4. EL DECOMISO Y LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN BOLIVIA EN EL PROCESO PENAL.

Entre las figuras jurídicas contenidas en el ordenamiento penal, para combatir a los bienes de procedencia ilícita se encuentra el decomiso art. No. 71, siendo especialmente utilizado en la persecución de la criminalidad organizada, el tráfico de estupefacientes, y aplicado para delitos culposos. Siendo en nuestro código penal una consecuencia accesoria del hecho punible que tiene la finalidad que el autor se beneficie indebidamente como consecuencia de su acto. La doctrina coincide que el decomiso no es una pena, ya que no guarda proporción con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad, pudiendo imponerse también a terceros no responsables del delito. Aunque no está previsto en la clasificación de penas del art. 26° del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Es accesoria a la sentencia impuesta por el juez de acuerdo a la Ley Nº 004 en el Art 27 cuando exista condena judicial firme y ejecutoriada por el hecho punible de enriquecimiento ilícito producirá el decomiso de los bienes, dinero, acciones, derechos obtenidos por terceros a título gratuito, Del contenido de este precepto penal según el art. 71 esta sanción consiste “*Los instrumentos decomisados podrán ser vendidos en pública subasta si fueren de lícito comercio, para cubrir la responsabilidad civil en casos de insolvencia; si no lo fueren, se destruirán o inutilizarán. También podrán pasar eventualmente a propiedad del Estado*”, esta modalidad de comiso es la pérdida y definitiva de la propiedad de los beneficios provenientes de un hecho ilícito, según el sistema penal art 71 “*La comisión de un delito lleva aparejada la pérdida de los instrumentos con que se hubiere ejecutado y de los efectos que de él provinieren, los cuales serán decomisados, a menos que pertenecieran a un tercero no responsable, quien podrá recobrarlos*” este criterio es compartido por la doctrina y también por los instrumentos jurídicos internacionales que contemplan esta figura. Por ejemplo, el art. 2 apartado g de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas,

Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas entiende el decomiso como la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente, y de la misma manera lo hace la CNUCC en el art.2 (apartado g). Por lo tanto, el decomiso de beneficios o ganancias ilícitas es una consecuencia o medida accesoria derivada de un delito irreversible que produce sus efectos a momento de la sentencia judicial siempre que no afecte los derechos de la víctima o terceros que actuaron de buena fe, cuyo fundamento teleológico es evitar un lucro ilícito derivadas de un delito.

Según el código penal y la Ley N° 004, el decomiso derivado del delito de enriquecimiento ilícito se aplica sobre los siguientes requisitos: a) debe existir una condena judicial ejecutoriada de un hecho punible de enriquecimiento ilícito, b) produce la privación de los bienes muebles o inmuebles, valores, dinero, o derechos de terceros a título oneroso obtenidos ilegítimamente, y c) los bienes objeto del decomiso pueden estar en el patrimonio del autor como del partícipe.

En relación al requisito A, la imposición del decomiso supone la existencia de una sentencia ejecutoriada, que en otras palabras sería la resolución judicial de delito juzgado y la autoría de los autores y coautores en el cual ya no es susceptible de ningún tipo de recurso que produzca su revocación parcial o total. Esta medida puede ser alterada en cualquier parte del proceso, desapareciendo automáticamente en caso de sentencia absolutoria o convirtiéndose en definitiva en caso de una sentencia condenatoria. El legislador boliviano exige como presupuesto del decomiso tras una sentencia de condena de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible, puesto que vincula la aplicación de esta consecuencia accesoria a un hecho antijurídico doloso.

Con el fin de que el decomiso sea una herramienta efectiva contra el delito de enriquecimiento ilícito, resulta necesaria una buena regulación legal interna además de una coordinada cooperación entre jurisdicciones, instituciones nacionales, regionales e internacionales encargadas del seguimiento, persecución y decomiso de los bienes productos del delito.

La aplicación del decomiso a los casos de enriquecimiento ilícito no ha sido libre de controversias puesto que no se han visto casos donde se hayan aplicado, argumentando a su falta de aplicación debido a que el enriquecimiento injustificado que sería objeto de la orden de privación de beneficios es decir que se debe identificar ganancias que se pueden obtener del delito y aquellas otras que se obtienen a través del delito, En base a esta interpretación la norma actualmente con carácter general establece dentro la institución del decomiso incluyendo no sólo los beneficios económicos patrimoniales procedes del delito, sino también los que ejecutan o producen la comisión del mismo Art 71 Código Penal. Esta misma interpretación se aplicaría en los casos de enriquecimiento ilícito, ya que se consideran como beneficios del delito los objetos que forman el

delito como los que son producto del resultado del ilícito. Desde nuestra perspectiva, vemos como aceptables los argumentos que sostienen que los bienes injustificados objeto del decomiso son "ganancias derivadas del delito" sino "objetos de acción".

Por otro lado, estos bienes catalogados como «producto o resultado» del delito, y que todos estos objetos son creados, transformados, adulterados o producidos por la acción delictiva y puede llevar a la comisión de otros delitos.

Además de lo expuesto, el delito de enriquecimiento ilícito afecta a los presupuestos para la aplicación del comiso. Puesto que el decomiso es una medida accesoria que es aplicada por un órgano jurisdiccional cuando existe la convicción de que los bienes que posee el autor o coautor provienen del delito o hecho antijurídico, conclusión que necesariamente debe llegar de la valoración de las pruebas producidas en todo el proceso penal. Sin embargo, este presupuesto de aplicación no puede ser apreciable en los procesos judiciales de enriquecimiento ilícito, en atención a que es difícil acreditar el vínculo entre el hecho delictivo relacionado con el ejercicio de un cargo público y los bienes que posee el funcionario, siendo ésta la razón por la cual se ha incorporado en el tipo penal una presunción legal cuando no ofrece una razonable explicación sobre el origen lícito de sus bienes por lo cual es necesario la investigación de los bienes injustificados a fin de acreditar el origen ilegal para poder recuperarlos.

4. Mecanismos de recuperación de activos en el estado Plurinacional de Bolivia

En este apartado se analizará los mecanismos previstos en la normativa boliviana que tienen el objetivo de recuperar activos del delito de Enriquecimiento Ilícito limitando el estudio a las normas vigentes intentando desarrollar argumentos jurídicos para sustentar la adopción de medidas de recuperación de activos además de plantear la posibilidad de reformas legales basados en institutos legales internacionales y previstos en sistemas jurídicos externos.

4.1. El decomiso en el código Penal Boliviano

El Código Penal boliviano prevé esta figura jurídica, regulada en el art 71, precedentemente analizaremos la norma a fin de establecer cuestiones sustanciales de la misma.

La comisión de un delito lleva aparejada la pérdida de los instrumentos con que se hubiere ejecutado y de los efectos que de él provinieren, los cuales serán decomisados, a menos que pertenecieran a un tercero no responsable, quien podrá recobrarlos.

Los instrumentos decomisados podrán ser vendidos en pública subasta si fueren de lícito comercio, para cubrir la responsabilidad civil en casos de insolvencia; si no lo fueren, se destruirán o inutilizarán.

También podrán pasar eventualmente a propiedad del Estado.

4.2. Objeto del decomiso.- La norma establece que esta medida procede en todas las infracciones penales, excluyendo el decomiso sobre bienes adquiridos por terceros no responsables. Se dispone que la medida proceda tanto contra “las cosas que han servido para cometer el hecho”, “las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito”.

Como conclusión se está refiriendo que el decomiso procede en cualquier infracción penal, por otro lado el Art. 71 establece que también deben ser decomisados los instrumentos usados para la comisión de delitos: *“Los instrumentos decomisados podrán ser vendidos en pública subasta si fueren de lícito comercio, para cubrir la responsabilidad civil en casos de insolvencia; si no lo fueren, se destruirán o inutilizarán”* de esto concluimos que se dispondrá el decomiso de los instrumentos de los que se hubiera valido la persona acusada para preparar facilitar o ejecutar la infracción penal.

En consecuencia el juez o jueza deberá valorar la relación de causalidad cabe aclarar que no es definitivo las características del instrumento ya que cualquier puede ser utilizado para la comisión de un delito. Según Zaffaroni sostiene que: *“el autor utilizó dolosamente para cometer el delito”*⁹⁸. También indica: *“puede tratarse de cosas que pertenecen al autor como a los partícipes, los únicos que quedan excluidos son los terceros no responsables”*⁹⁹, y finalmente *“puede tratarse de instrumento que haya sido utilizado para cualquier acto ejecutivo punible, consumativo y aun actos de agotamiento”*¹⁰⁰

Algo criticable de la norma es que el legislador no estableció que procede tanto en el autor y los partícipes o cómplices y de esta manera efectivizar la sanción del decomiso.

Es necesario señalar también que el legislador no prevé que la medida pueda ser aplicada contra todo tipo de bienes incluyendo aquellos que no puedan ser ubicados, o de aquellos que resulten improcedentes por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exento de culpa. Esto hace concluir que el legislador no tomo en cuenta que la medida pueda dirigirse contra los bienes que no pueden ser rastreados o individualizados, esto puede provocar que el autor pueda

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 943.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 943. – Debe tenerse en cuenta que en el concepto de terceros se ha comprendido a acreedores prendarios cuya garantía es el bien sobre el cual procedería la medida de decomiso.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 943.

librarse de la aplicación de la sanción, no pudiendo actuar sobre cualquier bien, dinero, acciones, bienes y derechos por el valor correspondiente al objeto de la medida del decomiso.

Este aspecto no es necesario cuando el delito es el Enriquecimiento ilícito puesto que no se alega un hecho circunstancial la adquisición de bienes o cancelación de obligaciones siendo que el efecto de este delito es el incremento patrimonial no justificado. En este sentido es recomendable en este supuesto establecer como causal para proceder a la aplicación del decomiso contra bienes no justificados para evitar discusiones jurisprudenciales.

4.3. Sujeto Activo

El decomiso como define la norma, es “**eventualmente**” en favor del estado art 71: “*También podrán pasar eventualmente a propiedad del Estado*” de esta forma queda a disposición del juez o jueza para que tome medidas a favor de la sociedad civil teniendo solamente medidas de subasta para resarcir el daño civil o destrucción o inutilización, esta medida debería ser específica entendiendo que los bienes producto de delitos deberían ser traspasados en su dominio obligatoriamente al estado en caso de ser bienes de comercio lícito. Enfocándonos en los delitos de enriquecimiento ilícito, es necesario considerar que también debería comprender específicamente que sean a los Municipios y Gobernaciones puesto que estos órganos jurisdiccionales no están facultados normativamente para este cometido siendo que en algunos casos son estos los directamente afectados.

4.4. Sujeto Pasivo

Dentro de la norma, no establece responsabilidades ya sean responsables directos de la conducta delictiva: autor y coautores, excluyendo a los terceros no involucrados que deben acreditar su buena fe o adquirientes a título oneroso.

Por otro lado la medida del decomiso afecta al mandante o representante legal o persona jurídica que haya sido beneficiada por la conducta delictiva en este sentido entendemos que debe el autor o participe actuar como mandatario o administrador. En estos supuestos dentro del delito objeto de estudio podemos decir que es necesario que se acredite la relación jurídica entre el mandatario y el mandante o persona jurídica que el patrimonio del mandante o la persona jurídica se haya incrementado y que sea producto de un hecho delictivo. Siendo que este elemento podría dificultar la procedencia de la medida puesto que el proceder con la persona jurídica debería ser independiente a la ruta del hecho ilícito.

4.5. Sentencia condenatoria ejecutoriada

Se puede apreciar que el art. 71 establece claramente es que cuando se inicia el proceso penal queda a criterio de cada jurisdicción la aplicación para proceder con el decomiso antes de sentencia condenatoria. A esto agregamos que existen otras disposiciones que admite la figura de incautación de bienes sujetos a decomiso lo cual confirma de cierta forma nuestra posición, en consecuencia procede la medida pese a no haberse dictado sentencia. Al respecto el art. **253 del Código De Procedimiento Penal** establece que: *“La incautación se aplicará, sobre el patrimonio, los medios e instrumentos para la comisión o financiamiento del delito, que pertenecieren a los imputados y posibles instigadores o cómplices de las conductas calificadas por el fiscal.*

El fiscal deberá requerir ante el juez de instrucción, la retención de fondos e cuentas bancarias y/o entidades financieras nacionales y extranjeras que pertenezca a los imputados, posibles instigadores y cómplices, así como solicitar un informe de rendimiento bancario financiero que estos hayan realizado en los últimos doce meses. Los bienes muebles e inmuebles quedarán bajo custodia de la dirección de registro, control y administración de bienes incautados-DIRCABI.

Como La norma establece que la medida procede a petición de fiscal contra instrumentos utilizados para el hecho o bienes que provengan de delitos pero su disposición es para ser usados como prueba.

Debe tomarse en cuenta que el juez a petición de parte puede establecer el procedimiento para incautar o establecer el procedimiento más adecuado para decomisar ya que no prohíbe la adopción de medidas de decomiso antes de la sentencia como tampoco existe afectación de algún principio constitucional por estos procedimientos, conforme el art. 90 del Código Penal, las medidas cautelares de carácter real serán dispuestas por el juez del proceso a petición de parte.

Por otro lado el art. 365 del CPP establece: *“La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de objetos secuestrados a quien el tribunal entienda con mejor derecho a poseerlos. Decidirá sobre el decomiso, la confiscación y la destrucción previstos en la Ley”.* En este entendido es con la sentencia que el juez decide y establece los mecanismos de restitución de los bienes objeto de un delito al Estado o terceros, es en este sentido que se hace necesario establecer específicamente dentro de los delitos de enriquecimiento ilícito que estos bienes o instrumentos deberías ser revertidos a favor del Estado puesto que el bien jurídico patrimonio del estado.

4.6. Juicio en rebeldía

Dentro la legislación boliviana el código procesal admite el juicio en rebeldía esto no garantiza la defensa de la concepción de la figura del decomiso pudiendo aplicarse la medida cuando el acusado se encuentre rebelde, haciendo énfasis en delitos de corrupción conforme al Código de Procedimiento Penal Art. 344 bis *“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”*.

En tal sentido concluimos que es necesario prever un mecanismo que asegure y garantice la defensa mediante designación de abogado de oficio y permitiendo que el acusado participe cuando decida o finalice su estado de rebeldía.

Es necesario argumentar que debido al principio del derecho constitucional sancionador de proporcionalidad o humanidad de la pena¹⁰¹ y la constitucionalidad. En este sentido es necesario exigir la relación entre la medida y el daño causado vinculada al patrimonio de la persona afectada.

4.7. Medidas cautelares sobre bienes

Respecto a las medidas cautelares sobre bienes que son necesarias para efectivizar la medida del decomiso se regula genéricamente en el art. 253bis del CPP: *“En el caso de delitos de corrupción que causen grave daño al Estado, desde el inicio de las investigaciones, previo requerimiento fiscal a la autoridad jurisdiccional competente y en un plazo perentorio de cinco días, se procederá a la incautación de los bienes y activos que razonablemente se presuman medio, instrumento o resultado del delito, con inventario completo en presencia de un Notario de Fe Pública, designando al depositario de acuerdo a Ley, y concluidos los trámites de la causa el órgano jurisdiccional dispondrá, en sentencia, la confiscación de tales bienes y activos a favor del Estado si corresponde”*.

En consecuencia es el juez de instrucción quien está facultado desde el inicio del proceso a disponer medidas cautelares de carácter real contra los bienes que pudieran quedar subsumidos en algunas causales previstas que pudieran ser medio instrumento o resultado del delito, debiendo ser indispensable que haya relación con el hecho investigado y la autoría del delito, la medida de cautela en este sentido enfocándonos en el objeto de estudio para ser válida deberá

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p.943. "...

contener estos elementos y el acusado para ejercer contradicción deberá cuestionar la subsunción en una causal es decir que acredite la legalidad de su patrimonio.

En conclusión deberá preverse que se garantice la administración adecuada y la disposición de los bienes que asegure la restitución o indemnización en caso que se afecte indebidamente el derecho patrimonial de un sujeto exento de responsabilidad.

4.7.1. Secuestro de bienes

El proceso penal establece la medida de secuestro en el art 90º de la norma penal estableciendo: *“Desde el momento de la comisión de un delito, los bienes inmuebles de los responsables se tendrán por hipotecados especialmente para la responsabilidad civil.*

Podrá ordenarse también por el juez, el secuestro de los bienes muebles, y la retención en su caso.”

De este modo podemos ver que el fiscal al momento del inicio de las investigaciones está facultado para disponer el secuestro de los bienes y estos serán inventariados y puestos bajo segura custodia en los depósitos de la Fiscalía o en los lugares especialmente destinados para estos efectos, bajo responsabilidad y a disposición del fiscal. Además se debe tener en cuenta que la devolución de estos bienes podrá proceder cuando los propietarios acrediten su tenencia legítima y no tengan participación en el hecho siendo entregados a estos en calidad de depositarios judiciales después de realizadas las diligencias de comprobación y descripción quedando con la obligación de exhibirlo cuando sea útil como medio de prueba durante el proceso penal.

4.8. Disposición de los bienes sujetos a decomiso

Según la normativa internacional¹⁰² los estados deben garantizar mediante la regulación jurídica las medidas de disposición de bienes en pro de velar por los intereses de la sociedad civil dispuestos por el estado y que estos sean destinados a satisfacer las necesidades públicas.

El art. 71 del Código Penal respecto a la disposición establece que los instrumentos:..... *“podrán ser vendidos en pública subasta si fueren de lícito comercio, para cubrir la responsabilidad civil en casos de insolvencia; si no lo fueren, se destruirán o inutilizarán. También podrán pasar eventualmente a propiedad del Estado”*. También establece el código de Procedimiento Penal el art. 253 bis...” *y concluidos los trámites de la causa el órgano jurisdiccional dispondrá, en*

¹⁰² Ver el art. 57 y ss. de la Convención de la ONU contra la Corrupción y el art. XV de la Convención Interamericana

sentencia, la confiscación de tales bienes y activos a favor del Estado si corresponde". Esta norma a nuestro criterio tiene como fin en los delitos de corrupción que el destino de los bienes decomisados sea la obtención de recursos para el Estado y beneficio de la sociedad civil mediante la sentencia.

En conclusión, está claro que el Estado mediante el decomiso no desea privar unos bienes injustificados al funcionario público, sino más bien quiere eliminar cualquier beneficio indebido obtenido mediante cualquier acto del ejercicio ilegal del cargo público que no puede demostrarse judicialmente.

5. PERSPECTIVAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL DECOMISO CIVIL EN BOLIVIA

5.1. Reparación Del Daño en casos de Corrupción: Partiendo de que el concepto de corrupción aborda a un sentido más amplio del derecho penal abarcando una serie de actos e interrelaciones a diferentes escalas y agentes estatales y particulares que afecta: i) los derechos colectivos como ser el patrimonio público, ii) a las víctimas que pueden ser particulares, colectiva y social: iii) y con la participación de distintas escalas con el fin de obtener beneficios. El daño causado por los delitos de corrupción suponen la actuación del Estado que garantice la reparación del daño que también conlleva violación de los derechos humanos e las víctimas.

5.2. Decomiso Civil como mecanismo para la reparación del daño en Bolivia:

Existe en nuestro medio dificultades probatorias y el paso de algunas garantías del proceso penal dificultan el decomiso en el proceso penal y por ello el obtener una condena también se dificulta porque el imputado ha fallecido o está protegido por algún régimen de inmunidades, ha gozado de amnistía, etc.

En la actualidad existe una tendencia a establecer procedimientos de decomiso civil independiente al proceso penal, estos procedimientos operan y se dirigen contra los bienes y no persiguen un castigo sino evitar que la riqueza producida forme parte del comercio lícito. Por ello, en general establecen una causal de extinción del derecho de dominio cuando el bien tiene origen en un delito. Se trata de demostrar que un determinado bien es el resultado de un hecho ilícito que tiene como objetivo su decomiso y no la sanción del autor.

El decomiso civil en el delito de enriquecimiento ilícito compara los bienes declarados mediante la declaración de bienes y rentas y si existe una disparidad desproporcional se aplica procesos civiles. Pero existe una discusión sobre la contrariedad con respecto a las garantías constitucionales y el debido proceso.

Existe también el decomiso civil basado en la condena penal previa donde la sanción y el decomiso es una consecuencia definitiva de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito o de algún otro acto de corrupción la cual es determinada por un tribunal. Las garantías de defensa, fueron respetadas donde la decisión demuestra la relación causal entre activos y el delito en particular cuya decisión es reconocida también a nivel internacional. Se trata de bienes que provienen directa o indirectamente de la comisión de un delito penal y han sido declarados decomisados por un tribunal penal. Incluso si no fuera posible condenar al acusado (por muerte, prescripción, fuga, enfermedad, inmunidad), sería posible confiscar los activos (o valor) resultante de la comisión de este delito.

Finalmente, debemos tener en cuenta que los desafíos actuales es la necesidad de avanzar y profundizar el decomiso la presente tesis es una esperanza que se espera concretizar y pueda contribuir para reparar el daño causado a la sociedad y al Estado y contribuir para el desarrollo jurídicamente sostenible de los indicadores de recuperación de activos y la justa construcción de un Estado Plurinacional Democrático de Derecho.

CAPÍTULO VII

MARCO PRÁCTICO

Mediante un trabajo de campo la presente tesis tiene la finalidad aprobar o desaprobar la hipótesis, la cual es la siguiente:

La actual legislación penal sobre enriquecimiento ilícito a diez años de su promulgación hace necesaria modificaciones mediante un adecuado tratamiento jurídico legal que, sin dejar de lado la lucha contra la corrupción no vulnere los derechos fundamentales del funcionario público y satisfaga la necesidad de lograr la reparación del daño patrimonial causado, con una propuesta normativa que regularice las condiciones, requisitos y formalidades para el decomiso civil sobre bienes obtenidos ilícitamente durante la función pública como medida que permitirá fortalecer la lucha contra la corrupción y además que otorgue seguridad jurídica de los bolivianos.

En este sentido propusimos la realización de encuestas a abogados ejercen la profesión libre en el Municipio de Nuestra Señora de La Paz de la ciudad de La Paz, con este objetivo aplicamos una encuesta con preguntas de carácter cerrado, con la finalidad de conocer los criterios de profesionales en derecho con respecto al delito de enriquecimiento ilícito. El cuestionario va de acuerdo con Lundberg que son denominadas preguntas de abanico, en la que las personas tuvieron la posibilidad de marcar más de una opción.

El Universo.- Es el conjunto de personas cuya característica principal es el conocimiento legal. Ante la imposibilidad de investigar el conjunto en su totalidad, se seleccionara un subconjunto al cual se denomina muestra. Mi universo son abogados ejercen la profesión libre en el Municipio de Nuestra Señora de La Paz de la ciudad de La Paz. Porque son ellos quienes aportaran sobre el tratamiento jurídico del delito de Enriquecimiento Ilícito en la función pública del Estado. Según los datos oficiales del Censo de población y Vivienda – 2001, el Departamento de la Paz cuenta con 13. 885 abogados.

La muestra.- Al no ser factible considerar toda la población, lo que procede es estudiar una parte de esa población. Una parte de la población se llama muestra con las mismas características del universo, ya que es representativa de este. Según la fórmula mi muestra es de 100 profesionales en derecho, mediante la siguiente fórmula:

N

$$n = \frac{N}{(E)^2(N-1) + 1}$$

$$(E)^2(N-1) + 1$$

Donde:

n = Muestra

N = Universo (13. 885 abogados en libre ejercicio residentes en la ciudad de La Paz)

E = Error máximo admisible (10%)

13. 885

$$n = \frac{13. 885}{(0.10)^2 (13. 885 - 1) + 1}$$

$$(0.10)^2 (13. 885 - 1) + 1$$

13. 885

$$n = \frac{13. 885}{0.01 (13. 884) + 1}$$

$$0.01 (13. 884) + 1$$

13. 885

$$n = \frac{13. 885}{139, 84} \quad n = 99$$

139, 84

1. ENCUESTA

Marque con una X su respuesta

1. ¿Cree que el Estado Boliviano lucha contra la corrupción o solamente son acciones coyunturales y políticas?			
	SI	NO	NS/NR
2. ¿Cree que el Estado Boliviano ha tenido o tiene una política clara y eficiente para enfrentar adecuadamente el delito de enriquecimiento ilícito?			
	SI	NO	NS/NR
3. ¿Usted cree que la norma sobre enriquecimiento ilícito es difusa en el sentido de que no establece los mecanismos para determinar la desproporcionalidad del enriquecimiento que establece el tipo penal para la aplicación de la pena?			
	SI	NO	NS/NR
4. ¿Considera que el tipo del delito de enriquecimiento ilícito esta en contravención de garantías constitucionales como legítima defensa, derecho a no declarar contra sí mismo, e inversión de la carga de la prueba?			
	SI	NO	NS/NR
5. ¿Según su criterio profesional, considera que la ley 004 está obsoleta y que debe actualizarse con el fin adecuarse a la constitución?			
	SI	NO	NS/NR
6. ¿Considera usted que las penas tipificadas en el Código Penal y las sanciones aplicables para el delito de enriquecimiento ilícito promueven la reparación del daño patrimonial causado al Estado?			
	SI	NO	NS/NR
7. ¿Cree usted que existe una tendencia a omitir los daños individuales, sociales y colectivos en los delitos de enriquecimiento ilícito y por ende su compensación a todos los niveles?			
	SI	NO	NS/NR
8. ¿Cree usted necesario la implementación de una norma que garantice la reparación patrimonial del daño y la recuperación de activos provenientes de actos de corrupción?			
	SI	NO	NS/NR
9. ¿Considera usted que importante implementar como mecanismo de recuperación de activos y bienes producto del delito de enriquecimiento ilícito al “decomiso civil” con el fin de restaurar la confianza institucional?			
	SI	NO	NS/NR
10. ¿Considera que es inconstitucional imponer la sanción de decomiso civil independiente al proceso penal respecto al delito de enriquecimiento ilícito?			
	SI	NO	NS/NR

2. RESULTADOS:

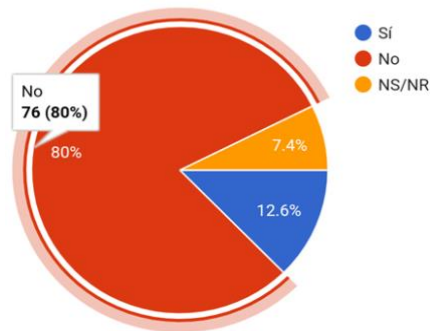
Datos estadísticos propios de la encuesta realizada en la ciudad de La Paz, a los profesionales en derecho con el fin de identificar la necesidad de un:

“Modificación del artículo 27 de la Ley N° 004 y un Anteproyecto de Ley para la recuperación de activos en delitos de enriquecimiento ilícito en el ejercicio de la función pública”

Los siguientes cuadros que reflejan el porcentaje de personas encuestadas, y sus posibles respuestas que pueden ser SI, NO, o NS/NR (No saben o no responden).

La pregunta 1 está relacionada a las acciones del Estado Boliviano respecto a los delitos de corrupción

1. ¿Cree que el Estado Boliviano lucha contra la corrupción o solamente son acciones coyunturales y políticas?

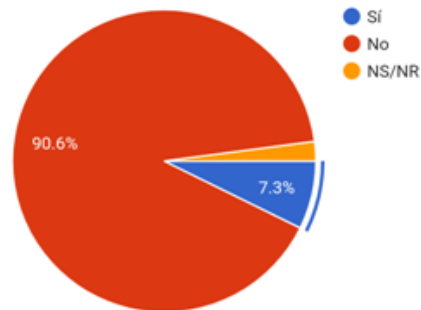


Fuente: Elaboración propia en base a los datos obtenidos en las encuestas realizadas.

Interpretación de Resultados.- Respecto a la interpretación de los resultados se tiene que el 80% de los encuestados cree que NO lucha contra la corrupción y que sus políticas son solamente coyunturales y políticas. Mediante el desarrollo de la presente encuesta también fue posible percibir que el 12.6% considera el Estado SI lucha fehacientemente contra la corrupción en nuestro país, respecto a la perspectiva sobre la actuación del Estado frente a la corrupción el 7.4% de los encuestados respondieron NS/NR. De esto concluimos que los encuestados y su percepción respecto a la lucha contra la corrupción del Estado tienen características políticas y coyunturales y no se persigue la corrupción en sí buscando la transparencia.

Con relación a la pregunta dos sobre la percepción que tiene este grupo de profesionales sobre las políticas del estado frente al delito de Enriquecimiento ilícito, se tiene que:

2. ¿Cree que el Estado Boliviano ha tenido o tiene una política clara y eficiente para enfrentar adecuadamente el delito de enriquecimiento ilícito?

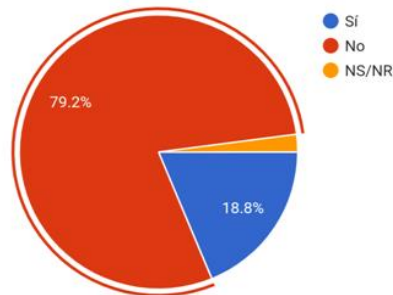


Fuente: Elaboración propia en base a los datos obtenidos en las encuestas realizadas.

Interpretación de Resultados.- De la encuesta realizada respecto a las políticas de gobierno se puede apreciar que un 90.6% considera que el Estado no tiene Políticas eficientes para enfrentar este delito en tanto el 7,3% de los encuestados está a favor del Estado boliviano y su actuación frente a este delito. Además existe un porcentaje reducido de 7,3% que no tiene conocimiento sobre el tema. De esta pregunta concluimos que pese a que el Estado ha ido implementando y actualizando políticas de lucha contra la corrupción estas normas no son efectivas para combatir la corrupción.

Con relación a la pregunta 3 la cual tiene que ver con la descripción del tipo penal para determinar el delito cuya palabra utilizada es “desproporcional, mediante la cual se determina la culpabilidad siendo que no indica la forma de determinar los mecanismos de medición siendo esta meramente interpretativa. La pregunta se la realizó de manera más clara posible.

3. ¿Usted cree que la norma sobre enriquecimiento ilícito es difusa en el sentido de que no establece los mecanismos para determinar la desproporcionalidad del enriquecimiento ilícito que establece el tipo penal para la aplicación de la pena?

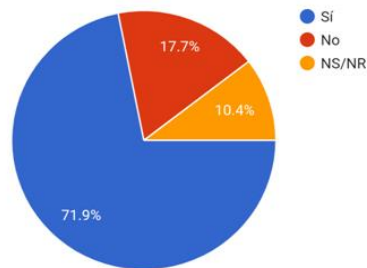


Fuente: Elaboración propia en base a los datos obtenidos en las encuestas realizadas.

Interpretación de Resultados.- Respecto a esta pregunta se puede identificar que el 79% de los encuestados considera que la ley boliviana no toma en cuenta la mecanismos para establecer claramente cuando existe un incremento desproporcional del patrimonio del Funcionario Público para imponer la pena, por otro lado el 18,8% considera que la norma es clara y correctamente adecuada para establecer la sanción y el 2% de los encuestados respondió NS/NR. De esto concluimos que la norma sobre Enriquecimiento Ilícito debería contener con mayor claridad cuando se considera un incremento desproporcional o en base a que parámetros se puede identificar este incremento como delito.

Respecto a la pregunta No. 4 se elaboro la pregunta que considera como elemento central la existencia de contravenciones del precepto penal de enriquecimiento ilícito respecto a garantías constitucionales para ello se aplico la siguiente pregunta:

4. ¿Considera que el tipo del delito de enriquecimiento ilícito esta en contravención de garantías constitucionales como legítima defensa, derecho a no declarar contra sí mismo, e inversión de la carga de la prueba?

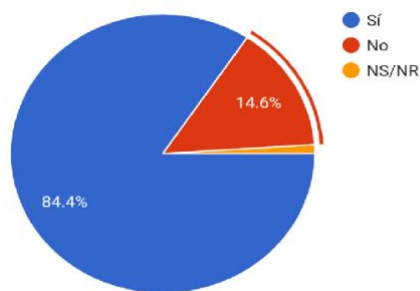


Fuente: Elaboración propia en base a los datos obtenidos en las encuestas realizadas.

Interpretación de Resultados.- De la pregunta 4, se tiene que un 71, 9% de los encuestados creen que Si existe contravención respecto a las garantías constitucionales delito de enriquecimiento ilícito. Un 17,7% señala que la norma es precisa respecto la constitución y las leyes y un 10,4% respondió que desconoce o prefirió no responder a esta cuestionarte.

La pregunta cinco está dirigida a identificar si la Ley No. 004 Marcelo Quiroga Santa Cruz, necesita de una actualización con el fin de efectivizar su aplicación

5. ¿Considera que la ley 004 está obsoleta y que debe actualizarse con nuevas tipologías de lucha contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito?



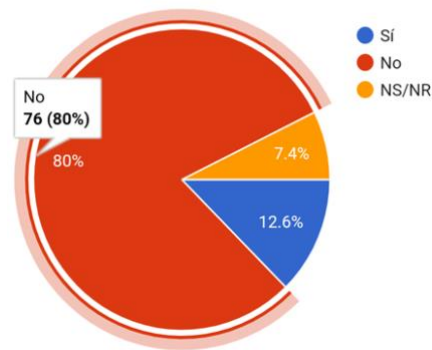
Fuente: Elaboración propia en base a los datos obtenidos en las encuestas realizadas.

Interpretación de Resultados.- La Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, es una ley de lucha contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito, empero es considerada una norma obsoleta por un

84,4% de los encuestados en tanto un 14,6% considera que no es necesario una actualización de la norma y un 0,1% respondió NS/NR

La siguiente pregunta está dirigida a identificar si las políticas del Estado promueven la reparación del daño patrimonial causado por los delitos de corrupción a nivel. La pregunta realizada y su interpretación fue la siguiente:

6 ¿Considera usted que las penas tipificadas en el Código Penal y las sanciones aplicables para el delito de enriquecimiento ilícito promueven la reparación del daño patrimonial causado al Estado?

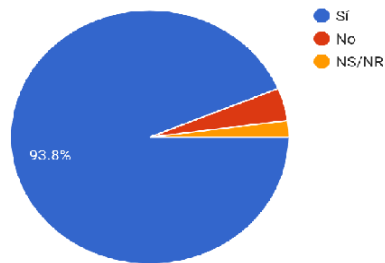


Fuente: Elaboración propia en base a los datos obtenidos en las encuestas realizadas.

Interpretación de Resultados.- Respecto a la interpretación de los resultados se tiene que el 80% de los encuestados cree que NO la reparación patrimonial del daño causado por los delitos de corrupción. Mediante el desarrollo de la presente encuesta también fue posible percibir que el 12,6% considera que el Estado SI promueve mediante sus políticas de lucha contra la corrupción la reparación del daño, por otro lado tiene un conocimiento parcial el 7,4% de los encuestados los cuales respondieron NS/NR.

La siguiente pregunta está dirigida a omisión de los daños causados por los delitos de corrupción tanto individuales, sociales colectivos y patrimoniales. La pregunta realizada y su interpretación fue la siguiente:

7. ¿Cree usted que existe una tendencia a omitir los daños individuales, sociales y colectivos en los delitos de enriquecimiento ilícito y por ende su compensación a todos los niveles?

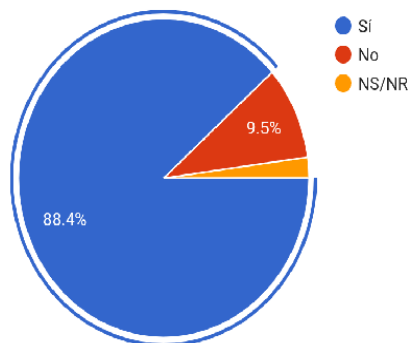


Fuente: Elaboración propia en base a los datos obtenidos en las encuestas realizadas.

Interpretación de Resultados.- De la pregunta descrita tenemos que un 93, 8%, cree existe un desconocimiento del daño causado por los delitos de enriquecimiento ilícito y la consecuente compensación a la sociedad en su conjunto. Sin embargo 4,2% considera no se omiten los daños causados por los delitos de enriquecimiento ilícito, y finalmente 2,1% no sabe o no responde a la interrogante.

Respecto a la pregunta siguiente la cual esta direccionada a identificar la percepción de los encuestados sobre la implementación de una norma que garantice la reparación del daño patrimonial, de la cual se concluyó lo siguiente

8. ¿Cree usted necesario la implementación de una norma que garantice la reparación patrimonial del daño y la recuperación de activos provenientes de actos de corrupción?

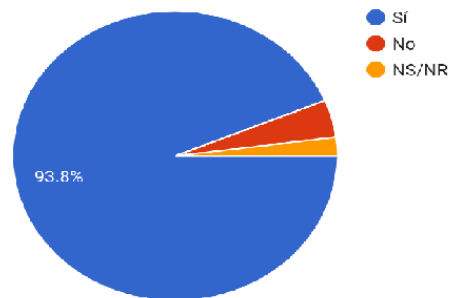


Fuente: Elaboración propia en base a los datos obtenidos en las encuestas realizadas.

Interpretación de Resultados.- de esta pregunta el 88,4% cree que es necesario la implementación de normativa enfocada en la reparación del daño causado y la recuperación de activos de los bienes provenientes de los delitos de corrupción, sin embargo el 9,5% no considera que sea necesario la implementación normativa tendiente a la recuperación de activos el 2,1% no sabe o no responde a la pregunta.

La siguiente pregunta está dirigida a la implementación de normativa para la recuperación de activos y bienes producto del delito. La pregunta realizada y su interpretación fue la siguiente:

9. ¿Considera usted que importante implementar como mecanismo de recuperación de activos y bienes producto del delito de enriquecimiento ilícito al “decomiso civil” con el fin de restaurar la confianza institucional?

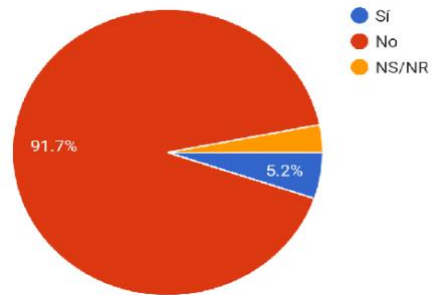


Fuente: Elaboración propia en base a los datos obtenidos en las encuestas realizadas.

Interpretación de Resultados.- De la pregunta descrita tenemos que un 93,8%, cree necesario la aplicación más efectiva dentro la normativa boliviana respecto a un mecanismo de reparación del daño y esta de acuerdo con el decomiso civil con el fin de recuperar activos y de esta forma incentivar la confianza en las instituciones Estatales. Sin embargo 4,2% considera que no es necesario aplicar el decomiso civil como mecanismo para fortalecer la confianza institucional, y finalmente 2,1% no sabe o no responde a la interrogante.

Finalmente la última pregunta de la encuesta va dirigida a la forma en como se deberían acceder a cargos dentro de instituciones de transparencia ya sea dentro del gobierno central o entidades como son las unidades de transparencia u otras de cada institución dependiente del estado boliviano.

10. ¿Considera que es inconstitucional imponer la sanción de decomiso civil independiente al proceso penal respecto al delito de enriquecimiento ilícito?



Fuente: Elaboración propia en base a los datos obtenidos en las encuestas realizadas.

Interpretación de Resultados.- De esta pregunta se concluye que el 91,7% cree que la sanción de decomiso civil es constitucional, por otro lado el 5,2% considera es inconstitucional la aplicación de el decomiso civil como mecanismo para la recuperación de activos producto del delito de enriquecimiento ilícito y un 3,1% no responde o desconoce el tema.

CONCLUSIONES

La valoración crítica al objeto de estudio propuesto por la presente tesis permite establecer las siguientes consideraciones puntuales a manera de conclusión:

- La corrupción llevada a cabo en la organización funcionarial del Estado se denomina corrupción pública y es la que más daños produce a la estructura social de un país porque utiliza a los funcionarios públicos para alcanzar sus fines ilícitos, un factor que aumenta el riesgo de corrupción es la estructura funcionaria débil, carente de una sólida cultura administrativa y ética, lo que conlleva la deficiente satisfacción de los intereses generales de la ciudadanía y la pérdida de confianza en las instituciones públicas que defiende el correcto funcionamiento de la función pública que tiende a tutelar la relación «funcionario-función pública»
- A través del proceso de investigación, se logró cumplir con el objetivo específico de elaborar una propuesta de reforma a la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito. En el transcurso de la investigación se ha conseguido desmentir la hipótesis inicial de que es posible una tipificación del enriquecimiento ilícito que se ajuste a los principios del debido proceso, las garantías constitucionales. En consecuencia lo que se ha propuesto es la modificación permitiendo alcanzar una claridad más amplia respecto al tipo basados en la doctrina, si el delito de enriquecimiento ilícito se considera de omisión, consistente en no justificar el origen patrimonial, se entiende que el deber jurídico violentado es un deber originado en la legislación administrativa, cuyo quebrantamiento acarrea consecuencias penales.
- Dentro las iniciativas internacionales que establecen el delito de enriquecimiento ilícito CICC y CNUCC, las cuales son cuestionadas respecto a la constitucionalidad debido a que su estructura típica estaría en contradicción con el derecho a la presunción de inocencia en consecuencia su inclusión y aplicación dentro los países contratantes ha sido subordinada y condicionada por una cláusula de salvaguarda de las que se destacan prevista en los arts. IX de la CICC y 20 de la CNUCC que refiere que su tipificación es sujeta a que se ajuste a la constitución y principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico.

- El delito de enriquecimiento ilícito busca sancionar hechos socialmente criticados y para contrarrestarlos el Estado ha implementado inicialmente una política de prevención aplicando una serie de medidas e instrumentos de carácter administrativo conforme al principio de intervención mínima del derecho penal, La Ley del Funcionario Público que constituye el primer instrumento de contención contra los actos de corrupción, en segundo lugar el Decreto Ley No. 14933 del 29 de septiembre de 1977 que puso en vigencia la ley Orgánica de la contraloría General del Estado que regula el control y fiscalización de la declaración jurada de bienes y rentas bajo juramento que se constituye actualmente una herramienta que permite detectar aquellos casos donde se evidencia un posible incremento patrimonial indebido.
- El autor del delito de enriquecimiento ilícito puede ser sólo un funcionario público cuyo ámbito temporal en el que deben producirse las conductas de enriquecimiento, se extiende desde que el sujeto inicia el desempeño de sus funciones, hasta el momento en que pierde la condición de funcionario público. En cuanto a la conducta típica es importante destacar que se reduce solamente al enriquecimiento «positivo» entendido como el incremento del patrimonio a consecuencia de la adquisición de la propiedad, posesión u usufructo de bienes económicamente cuantificables. Si el funcionario no justifica el enriquecimiento de su patrimonio su conducta cumple todos los requisitos del injusto y resulta punible, la justificación del origen lícito del enriquecimiento condiciona la esencia misma del tipo penal pues desvirtúa la presunción del origen ilícito que pesa sobre el patrimonio del funcionario.
- El enriquecimiento ilícito es un delito de consumación instantánea o progresiva, ya que el funcionario puede enriquecer su patrimonio a través de un solo acto de adquisición de bienes o de cancelación de obligaciones que en cuanto a su valor sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, como también por una serie de actos parciales orientados a la obtención del resultado típico que en cuanto a sus montos son insignificantes, por lo tanto su estructura típica rechaza la tentativa.
- El delito en estudio sólo puede cometerse dolosamente que exige que el funcionario público debe cometer el delito de enriquecimiento ilícito intencionalmente, es decir, con dolo directo

- La función pública es considerada un bien jurídico por lo que su titularidad pertenece a una generalidad de personas y cuya extensión corresponde a la comunidad política de un país. Es institucional porque las distintas actividades de interés general que realiza en beneficio de los ciudadanos por las instituciones del Estado. Desde el punto de vista penal, el bien jurídico «función pública» ha sido protegido que como parte de la sanción impuesta al servidor público hallado culpable del delito, debe restituirle al Estado todo lo que hubiere percibido ilegalmente, esto se logra a través del decomiso civil.
- El enriquecimiento ilícito no violenta los principios de presunción de inocencia y de la carga de la prueba. Puesto que el servidor público tiene la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, puede justificar su incremento patrimonial probando que lo obtuvo a través de medios lícitos; herencia, ganar la lotería, etc. De esta forma la calidad de inocente se mantiene hasta que no se pruebe lo contrario de acuerdo a las reglas del debido proceso.
- La incorporación de una perspectiva de derechos en las estrategias de lucha contra la corrupción implica priorizar la reparación del daño patrimonial social por sobre la persecución penal de los perpetradores.
- La ratificación e implementación de la CNUCC es una oportunidad para reglamentar el decomiso civil, armonizar los mecanismos de cooperación entre países para evitar que quienes abusan del poder público, obtengan ganancias particulares, en menoscabo de los derechos humanos de la sociedad boliviana. Este mecanismo propuesto en el último tiempo convirtiéndose en herramienta esencial para combatir el crimen en la actualidad. Sensibilizar al legislador sobre la necesidad de fortalecer los mecanismos legales, aceptando el desafío que lanza la Ley de Recuperación de activos

BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*.
2. BELTRÁN, Miguel. *El problema de la calidad en los servicios públicos*, en: Trinidad Requena, Antonio (Coordinador): *Evaluación y calidad en las organizaciones públicas*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Año 2000.
3. BOTTKE, Wilfried. *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*. RP Nº 2. Año 1998.
4. BUSTOS GISBERT, Rafael. *La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción: Una tarea pendiente*.
5. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. (2010). Decimonovena Edición. Editorial Heliasta. Argentina
6. CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial*.
7. CASTILLO BLANCO, Federico. *Lecciones de función pública*.
8. Compendio Normativo del Sistema Legal del Estado, Constitución Política del Estado, Ed. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional, Edición oficial, La Paz, 2009
9. CONTRERAS ALFARO, Luis. *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta tradicional*. Editorial Ratio Legis. Salamanca. Año 2005.
10. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*.
11. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El funcionario público ante el Derecho penal*. RJCL Nº 20. Año 2010.
12. DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial*.
13. FERNÁNDEZ RÍOS, Luis. *Psicología de la corrupción y los corruptos*.
14. FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. Editorial BdeF. Buenos Aires. Año 2004.
15. FERRUCCIO FALCHI, Giuseppino. *Diritto penale romano*. Editor R. Zannoni. Padova. Año 1932.
16. FUNDEMOS. *Investigación de fortunas: contribuciones al debate: opiniones y análisis*.
17. GARCÍA ESPAÑA, Elisa. *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*. Editorial Comares. Granada. Año 2006.
18. GARCÍA MEXIA, Pablo. *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2008.
19. GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho penal*. Editorial Aranzadi. Pamplona. Año 1997.
20. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*.
21. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Corrupción, democracia y responsabilidad política*, en: Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo (Coordinadores): *Poder, derecho y corrupción*. Editorial Siglo XXI. México. Año 2003.
22. GRONDONA, Mariano. *La corrupción*.
23. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Notas críticas sobre la introducción del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno*.
24. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*.

25. IZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. *Delitos contra la administración pública*.
26. KIERSZENBAUM, Mariano. (2009). *El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas Nociones Básicas desde la óptica de la Discusión Actual. Lección No 86*
27. KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Año 1994.
28. LÓPEZ PRESA, José Octavio. *Corrupción y cambio*.
29. MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción- Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Editorial Gedisa. Barcelona. Año 2002.
30. MARILUZ URQUIJO, José María. *Ensayo sobre los juicios de residencia indios*. Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla. Año 1952.
31. MIKKELSEN-LOTH, Jorge. *Enriquecimiento ilícito*.
32. MOMMSEN, Teodoro. *El Derecho penal romano*. Traducido por Pedro Dorado. Editorial La España Moderna. Madrid. Año 1902.
33. MORALES PRATS, Fermín; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Delitos contra la administración pública*, Pamplona. Año 2009.
34. MUÑOZ CONDE, Francisco. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1972.
35. MURIEL PATINO, María Victoria. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*.
36. NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. Editorial Ariel. Barcelona. Año 1997.
37. OSSORIO, Manuel. (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Primera Edición Electrónica. Realizado por Detascan S. A. Guatemala.
38. PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*.
39. PEÑA VILLAMIL, Manuel. *Derecho administrativo*.
40. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la administración pública*. 2ª Edición. Lima. Año 1997.
41. RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho administrativo*. Asunción. Año 2004.
42. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología*.
43. RODRÍGUEZ, Arango Leonardo (2009). "El Verdadero concepto de Servidor Público".
44. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 7ª Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. Año 2000.
45. SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*.
46. SUMNER MAINE, Henry. *El derecho antiguo. Parte general*. Traducido por Gumersindo Azcárate. Madrid. Año 1893.
47. SUTHERLAND, Edwing H. *El delito de cuello blanco*.
48. TRIGO, Félix, *Derecho Constitucional Boliviano*, 2ª Ed. Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, 2003,
49. VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *El delito de enriquecimiento ilícito*.
50. VIRGONILI, Julio; SIMONETTI, José María. *Delitos de cuello blanco*. Buenos Aires. Año 1988.
51. ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*.
52. ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo. *El enriquecimiento ilícito. Aspectos jurídico-procesales*.

53. http://www.oas.org/jurídico/spanish/mesicic4_blv_CGE.ppt
54. https://www.powershow.com/CONTRALORIA_GENERAL_DEL_ESTADO_powerpoint_ppt_presentation.

PROPUESTA MODIFICACIÓN ART. 27

Al finalizar la investigación del tema en estudio y con la finalidad de colaborar en la persecución judicial efectiva de los delitos de enriquecimiento ilícito hacemos las siguientes propuestas.

La reforma del Art. 27 de la ley No. 004 de la siguiente manera:

La servidora, servidor, empleada o empleado, funcionarias o funcionarios públicos permanentes o temporales, remunerados o ad honorem, aquellos que hayan ejercido o ejerzan el cargo, cualquiera sea la denominación del cargo, o su forma de elección, tengan una relación contractual emanado de la autoridad competente, todos aquellos que presten sus servicios y dependan de cualquier entidad estatal, entidad autónoma, municipal, descentralizada dentro o fuera del territorio del Estado, que por sí o por medio de otro en el tiempo del ejercicio de su cargo, servicio o empleo público y hasta (2) años después de haber cesado sus funciones obtenga un incremento patrimonial desproporcionado y que no pueda justificar *para sí o para un tercero*, respecto a sus ingresos legítimos. Incurriendo en cualquiera de las siguientes situaciones:

a) Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas y los de su cónyuge o conviviente.

b) Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.

Será sancionado con prisión de cinco (5) a diez (10) años. En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado. En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo.

Será sancionado con la pena adicional de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un periodo de uno a diez años, aplicando también la misma pena para aquellos funcionarios públicos que hubieren sido cómplices o instigadores

Se aplicara desde el inicio de las investigaciones, previo requerimiento fiscal a la autoridad jurisdiccional competente y en un plazo perentorio de cinco días, la anotación preventiva de sus bienes que razonablemente se presuman, medio, instrumento o resultado del delito conforme al art. 1552 del Código Civil y 253 Bis del Código de Procedimiento Penal. Cuando se trate de bienes muebles sujetos a registro, la anotación se practicará en los registros correspondientes.

Sin perjuicio de la hipoteca legal establecida por el Art. 90º del Código penal, las medidas cautelares de carácter real serán acordadas por el juez del proceso, a petición de parte, para garantizar la reparación del daño patrimonial y el pago de costas o multas, a cuyo efecto se podrá solicitar el embargo de la fianza siempre que se trate de bienes propios del imputado.

Concluidos los trámites de la causa y existiendo sentencia condenatoria, el órgano jurisdiccional dispondrá, en sentencia el decomiso de tales bienes y activos a favor del Estado, si corresponde.

ANTEPROYECTO DE LEY

DE RECUPERACION DE ACTIVOS PRODUCTO DE LA CORRUPCIÓN

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- (Objeto).-

La presente Ley tiene por objeto establecer y desarrollar aspectos **las condiciones, requisitos, actuaciones y formalidades** que regirán **la recuperación de activos** de bienes obtenidos **ilícitamente producto de la corrupción y la efectiva reparación del daño patrimonial ocasionado al Estado** en contravención a la función social de la propiedad privada y concerniente al destino de estos activos recuperados efectivamente.

Artículo 2.- (Definiciones).- A los efectos de la presente Ley, regirán las definiciones siguientes:

1. **Corrupción:** Actividad tipificada en la ley Marcelo Quiroga Santa Cruz que ponga en peligro o afecte recursos económicos del Estado, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas **a cambio de la acción u omisión de cualquier acto que afecte a los intereses del Estado**, aun cuando no se haya declarado la responsabilidad penal.
2. **Recuperación de activos:** Procedimiento destinado a la identificación, localización aseguramiento, persecución, rescate y repatriación de los activos provenientes de actividades ilícitas, así como al resarcimiento de los daños ocasionados al Estado con ocasión a tales actividades.
3. **Activos ilícitos:** derechos reales y de crédito, y en general cualquier tipo de bienes, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, producto directo o indirecto de las actividades ilícitas.
4. **Detentador:** Persona natural o jurídica que aparezca como titular de un activo ilícito o que invoque un derecho sobre él.
5. **Decomiso:** Privación de carácter temporal de bienes, instrumentos o productos de un delito, determinada por autoridad jurisdiccional competente.
6. **Decomiso Civil:** Se trata de una acción contra la propiedad y no contra el acusado criminal, por lo tanto, requieren de evidencia de un nexo directo entre el activo ilícito y la conducta ilícita. En el delito de enriquecimiento ilícito el supuesto jurídico es que el funcionario tiene una fortuna que no puede justificar legalmente, cuya base es el activo

mismo, se aplica a aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que son producto directo o indirecto de actividades ilícitas.

7. **Confiscación:** Acto por el cual la Autoridad Jurisdiccional Competente, mediante sentencia ejecutoriada, priva el derecho propietario de los bienes de una persona, de manera definitiva a favor del Estado, por ser éstos producto o instrumentos de un delito.
8. **Servidor público:** Servidor Público es aquella persona individual, que independientemente de su jerarquía y calidad, presta servicios con relación de dependencia a una entidad sometida al ámbito de aplicación de la legislación nacional vigente; se refiere también a los dignatarios, funcionarios y empleados públicos u otras personas que presten servicios en entidades estatales, cualquiera sea la fuente de su remuneración.
9. **Tercero de buena fe:** Propietario o poseedor de activos ilícitos, adquiridos mediante cualquier acto o negocio jurídico a título oneroso, a través de una conducta diligente y prudente, exenta de toda culpa.
10. **Colaborador Eficaz:** Es aquella persona que brinda información para evitar la consumación de un hecho delictivo, desactivar organizaciones criminales y aquel que ayude a esclarecer un hecho de enriquecimiento ilícito investigado.
11. **Acuerdo de colaboración:** Documento consensuado voluntariamente entre el colaborador y el Ministerio Público.
12. **Justicia Restaurativa:** Proceso en el cual la víctima y el sindicato participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas de un hecho de corrupción.

Artículo 3.- (Fundamento).-

La presente Ley se dicta en cumplimiento del artículo 7, inc., i) y 22 de la Constitución Política del Estado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 35 bis. De la Ley No. 004 incorporado por el artículo 5 de la Ley No. 1390 y las demás disposiciones contenidas en los instrumentos, convenios y tratados internacionales vigentes.

Artículo 4.- (Principios).-

Esta Ley se rige por los siguientes principios:

- a. El decomiso civil es una manifestación del principio constitucional de la función social de la propiedad privada, individual o colectiva.

b. El Estado protege y tutela la obtención y enriquecimiento de bienes patrimoniales por medios legales y acordes con la Constitución.

c. El decomiso civil es una acción judicial patrimonial que tiene por objeto el bien o la cosa obtenida ilícitamente y en contravención a la función social de la propiedad.

d. La aplicación de la justicia restaurativa en el marco de la solicitud de colaboración eficaz para la implementación en los procesos penales que involucren hechos de enriquecimiento ilícito y corrupción.

Artículo.- 5 (Fines).-

Las normas y prescripciones de la presente Ley tienen por finalidad:

a. Recuperar bienes y activos producto o provenientes de actos ilícitos de corrupción y en contravención a la función social, en favor del Estado.

b. Destinar los activos y bienes extinguidos judicialmente a actividades con fines de interés social y público, en particular a la lucha contra la corrupción.

c. Garantizar la protección constitucional y jurídica a la obtención, adquisición y enriquecimiento, lícito y legítimo de los particulares.

Artículo 6.- Objeto De Recuperación

Se consideran activos ilícitos, objeto de recuperación a todos aquellos que se encuentren en el Estado Plurinacional de Bolivia o en el extranjero, sin importar que estos estén siendo poseídos o sean propiedad del autor de actividades ilícitas o de terceros, salvo que estos sean de buena fe.

Cuando los activos ilícitos hayan sido enajenados, no sea posible su localización, o habiéndose localizado se encuentren destruidos o por cualquier otra causa no resultare posible recuperarlos, las acciones de recuperación podrán ejercerse sobre activos de valores equivalentes del mismo titular.

Artículo 7.- (Decomiso Civil).-

Es la pérdida de este derecho en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular o detentador ocasional. Esta acción es autónoma y procedente en los términos fijados por la presente ley.

Artículo 8.- (Causales de Decomiso).-

I. Se declarará decomiso sobre los activos que se encuentren en las circunstancias siguientes:

- a) Los que sean producto directo e indirecto de actividades corruptas en territorio nacional o extrafronterizo
- b) Cuando exista un incremento patrimonial injustificado y sin respaldo legal que explique el origen lícito del mismo
- c) Bienes muebles, inmuebles, valores, usufructo derechos, extinción de obligaciones o recursos que provengan directa o indirectamente de las actividades ilícitas señaladas en la ley 004.
- d) Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito.
- e) Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en ilícitos de enriquecimiento ilícito, o que hayan sido destinados a esta actividad o sean producto, efecto, instrumento u objeto de este ilícito.
- f) Los derechos de que se trate recaigan sobre activos declarados abandonados, de conformidad con lo establecido en esta ley.

III. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Artículo 9.- Destino De Los Activos Recuperados

Una vez monetizados los activos recuperados y descontados los incentivos y los gastos financieros y profesionales, acordados de conformidad con lo establecido en esta Ley, el dinero obtenido será administrado por órgano ejecutivo nacional, con el objeto de financiar obras públicas o de infraestructura o proyectos sociales que potencien el desarrollo, así como para el fortalecimiento y modernización de órganos y entes vinculados con la prevención y persecución de actividades ilícitas.

Artículo.- 10 Independencia De La Acción

La acción se ejercerá mediante un proceso autónomo e independiente de cualquier juicio o proceso penal o de otra naturaleza que se haya iniciado simultáneamente, o del que se haya desprendido, o tuviera origen, sin perjuicio de las excepciones establecidas en esta ley.

En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se dicte sentencias definitivas o interlocutorias vinculadas con la declaratoria de decomiso civil.

Las decisiones pronunciadas en un proceso penal no afectarán el ejercicio de la acción de decomiso civil, salvo que los activos ilícitos perseguidos se hubiesen decomisado o confiscado como consecuencia.

CAPITULO II

ACCIONES PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Las acciones que pueden intentarse en Estado Plurinacional de Bolivia para la recuperación de activos son el decomiso o confiscación en sede penal, la acción de decomiso civil regulada en esta ley y las acciones civiles contempladas

Artículo 11.- La Recuperación De Activos Como Parte Del Proceso Penal

El juez de control en el proceso penal deberá notificar Fiscal General de la República sobre el inicio de cualquier procedimiento penal cuyo objeto sean delitos relacionados con el enriquecimiento ilícito o las actividades ilícitas de corrupción, con facultades para solicitar medidas de aseguramiento y sanciones accesorias para la recuperación de activos.

De igual forma, deberá ser notificado si en el curso de un proceso penal aquellos que se confiscan, decomisan o son objeto de medidas de aseguramiento, activos vinculados con actividades ilícitas.

En consecuencia, luego de que la condena penal haya quedado definitivamente firme, los activos que hayan sido objeto de medidas de aseguramiento en procesos relacionado con actividades ilícitas, o aquellos obtenidos en la etapa de ejecución, deberán ser puestos a disposición del Estado Plurinacional de Bolivia.

Artículo 12.- Extinción De La Acción Penal

Las medidas de aseguramiento de los activos ilícitos del investigado o imputado podrán decretarse y se mantendrán vigentes en caso de rebeldía. Si la rebeldía se mantuviere por más de diez años, los activos se considerarán abandonados y su titularidad será inmediatamente atribuida al Estado mediante auto del tribunal respectivo, sin perjuicio de que antes del vencimiento de este plazo se proceda en sede civil la acción de decomiso civil.

Si es declarado el sobreseimiento o absolución en la causa principal, las medidas de aseguramiento que recaigan sobre los activos ilícitos se mantendrán vigentes por un período de noventa días continuos contados a partir de que conste en autos la notificación al fiscal General.

El sindicado en cualquier momento del proceso penal hasta antes de dictarse sentencia podrá solicitar ante la o el fiscal o ante el ministerio de Justicia y Transparencia Institucional a través del Viceministerio

de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción acogerse a la figura de colaboración eficaz de forma escrita detallando información relevante, en caso de ser corroborada la información y que se haya procedido a la reparación del daño se procederá a la extinción de la acción penal y se procederá a la acción civil de decomiso.

Artículo 13.- (Acción civil).-

I. La acción de decomiso civil es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido.

II. Procederá respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte.

Artículo 14.- (Inicio).-

I. La acción deberá ser iniciada de oficio por el Ministerio Público, cuando concurran alguna de las causales previstas en el artículo 6 de la presente Ley y a la culminación del procedimiento de **acuerdo de colaboración, o acuerdo restaurativo.**

II. Todas las entidades e instituciones públicas o cualquier persona natural o jurídica, deberán informar al Ministerio Público, a petición o de oficio, sobre la existencia de bienes que puedan ser objeto de la acción de decomiso civil.

III. Los organismos internacionales, habilitados para el efecto por un tratado o Convenio de cooperación internacional celebrado con el Estado boliviano, podrán dar cuenta de ello para el inicio de la proceso de decomiso civil

Artículo 15.- (Derechos y garantías).-

En el ejercicio y trámite de la acción de decomiso civil será seguido por el Ministerio Público que garantizará el debido proceso, el derecho a la defensa y demás garantías consagrados en la constitución y Convenciones internacionales, permitiendo al demandado presentar pruebas e intervenir en su producción y oponerse a las pretensiones y alegatos que se estén haciendo valer en contra de sus bienes.

Artículo 16.- (Derechos con respecto a la oposición).-

Durante el procedimiento se garantizarán y protegerán los derechos del demandado y terceros afectados que resultaren, y en particular los siguientes:

a. Probar el origen legítimo de su patrimonio, y de bienes cuya titularidad se discute.

b. Probar que los bienes de que se trata no se encuentran en las causales que sustentan el decomiso civil

c. Probar que, respecto de su patrimonio o de los bienes que específicamente constituyen el objeto de la acción, se ha producido una sentencia favorable que deba ser reconocida como cosa juzgada dentro de un proceso de decomiso civil, por identidad respecto a los sujetos, al objeto y a la causa del proceso.

Artículo 17.- (Titular de la acción).-

I. Será titular de la acción judicial será el Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional, La Procuraduría General del Estado en calidad de Sujeto Procesal de pleno derecho, directamente o a través de los Fiscales de Materia especializados designados expresamente por él, ante los jueces competentes quienes determinarán en sentencia el decomiso civil.

A Artículo 18.- (Inicio de la acción).-

El Fiscal competente iniciará la investigación de oficio o por información que le haya sido proporcionada de conformidad con **el artículo 16** de la presente Ley y del procedimiento de **acuerdo de colaboración, o acuerdo restaurativo**, con el objeto de identificar los bienes sobre los cuales podría iniciarse la acción de acuerdo con las causales establecidas en el artículo **8** de la presente Ley.

Artículo 19.- (Medidas precautorias).-

I. En el desarrollo de la investigación y antes de la presentación de la demanda judicial de decomiso civil, el Fiscal podrá solicitar al Juez competente la adopción de medidas precautorias si correspondiere.

II. Las medidas precautorias admisibles

Son la anotación preventiva, el embargo preventivo, la intervención y la prohibición de celebrar contratos o actos sobre los bienes. Asimismo, el Juez podrá ordenar el secuestro de los bienes o dinero en depósito en el sistema financiero, de títulos valores, y de los rendimientos de los anteriores, lo mismo que la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física. Sin perjuicio de la hipoteca legal establecida por el Art. 90º del Código penal, las medidas cautelares de carácter real serán acordadas por el juez del proceso, a petición de parte, para garantizar la reparación del daño

III. El Juez Público civil y comercial competente, conocerá de la solicitud de medidas precautorias. La misma deberá estar debidamente fundamentada y estar hallarse inmersa dentro de las causales de la presente ley

IV. El Juez, una vez conocida la solicitud del Fiscal, resolverá por la procedencia o improcedencia de la medida, dentro del plazo de 24 horas de presentada la solicitud.

CAPITULO III

Artículo 20.- (Requisitos de la demanda).- El Fiscal que inicie el trámite presentará demanda escrita ante el Juez Público civil y comercial competente en la que se resolverá la pretensión. La demanda contendrá lo siguiente:

- a. El Juez ante el que se promueve.
- b. El nombre del demandante, su domicilio y el lugar o domicilio que señala para notificaciones.
- c. El nombre del demandado y su domicilio si fuere conocido, en caso contrario se estará a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil.
- d. Los hechos en que el demandante funda su petición, enumerándolos y describiéndolos con claridad y precisión.
- e. Los fundamentos de Derecho y los artículos de ésta y otras Leyes en las que funda su pretensión.
- f. Los medios de prueba que ofrezca para acreditar los hechos que resulten controvertidos.
- g. Las peticiones que se formulen, especialmente si solicita medidas precautorias.
- h. Lugar y fecha.
- i. Firma del demandante.

Artículo 22.- (Juez Competente).-

I. Será competente para conocer en primera instancia las acciones de decomiso civil, el Juez Público civil y comercial, según corresponda:

- a. Del lugar donde estuvieren ubicados los bienes, activos o recursos, o el del domicilio del demandado principal.
- b. Si fueren varias y situadas en distintos lugares o jurisdicciones, el de aquél donde se encontrare cualquiera de ellas, a elección del Fiscal.

II. El Juez Público Civil y Comercial tramitará el procedimiento y dictará la sentencia que declare probada la demanda de decomiso civil o en su caso la declare improbada, según corresponda, conforme el artículo 190 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

III. En ningún caso, procederán los incidentes de inhibitoria o declinatoria de competencia.

Artículo 23.- (Demanda defectuosa).-

Si la demanda fuere oscura o incumpliere las formalidades establecidas en el artículo 18 para su presentación, el Juez conminará al Fiscal a fin que en el plazo no mayor de cinco días hábiles se subsanen tales formalidades, si no lo hiciere, el Juez declarará inadmisibile la demanda, quedando a salvo el derecho material del Estado.

Artículo 24.- (Notificación de la demanda).-

Admitida la demanda y habiendo solicitado el Fiscal medidas precautorias el Juez las ordenará, y cumplida la orden judicial se correrá traslado de la demanda en contra de la o las personas que hayan sido demandadas, incluyendo terceros afectados y se les emplazará para que la contesten en el término de veinte días hábiles.

Artículo 25.- (Contestación a la demanda).-

II. El demandado podrá reconocer o negar a algunas o a todas las pretensiones del demandante o, en su caso, oponerse exponiendo los hechos y señalando las pruebas correspondientes en que alegare su contradicción a la demanda. El silencio, las evasivas o negativa general podrá ser estimada por el Juez como reconocimiento de los hechos alegados por la parte demandante.

II. Si el demandado o terceros afectados, incluyendo indeterminados, no comparecieren dentro de término, el Juez ordenará su emplazamiento mediante Edicto en Secretaría del Juzgado y publicación en un medio de circulación nacional y radioemisora del lugar donde esté ubicado el bien. El emplazamiento se efectuará, sin exclusión, a quienes figuren como titulares de los bienes en los registros públicos y a toda persona que se sienta con interés legítimo en el proceso.

III. La falta de comparecencia del demandado o terceros afectados en el plazo de siete días hábiles, producirá su declaración de rebeldía y la designación de defensor de oficio. El defensor de oficio ejercerá el derecho de defensa en el proceso y velará porque en el mismo se observen las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, bajo responsabilidad.

IV. La rebeldía será dictada de oficio por el juez. Declarados rebeldes el demandado y terceros afectados, no se le harán ninguna otra notificación personal sino en Secretaría, salvo aquella en

que se haga conocer la sentencia definitiva mediante edicto. En caso de que no comparezca el Estado le designará un defensor de oficio y el imputado será juzgado en rebeldía. Las medidas precautorias decretadas contra el rebelde subsistirán aún cuando éste se apersonare después justificando el mismo.

Artículo 26.- (Excepciones procesales).-

I. Junto a la contestación de la demanda deberán exponerse, todas juntas, las excepciones, así como los alegatos pertinentes al fondo del asunto y ofrecerse la prueba legal, idónea y pertinente al asunto en cuestión. No procederá la oposición de excepciones por sí solas.

II. Las excepciones admisibles serán únicamente las de incompetencia y cosa juzgada. Las excepciones serán resueltas junto con la causa principal en la sentencia.

Fuera de ellas, no podrá alegarse ningún otro recurso, incidente o cuestión no contemplados expresamente en esta Ley.

III. Una vez que el expediente entre al despacho, tendrá prelación en su resolución sobre los demás procesos previamente en autos para fallo.

Artículo 27.- (Excusa y recusación).-

I. No procederá la excusa de oficio, ni a pedido de parte. Sólo será admisible la recusación del juez por las causales señaladas en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil; su tramitación se regirá conforme las reglas siguientes:

a. La recusación deberá plantearse en la primera actuación del proceso. Si la causal fuere sobreviviente, deberá ser opuesta dentro del día de tenerse conocimiento de su existencia.

b. El juez recusado podrá allanarse o rechazar la misma, emitiendo resolución correspondiente en el plazo de 24 horas a partir de la presentación del incidente.

c. En cualquier caso la recusación será remitida en consulta dentro de 24 horas al Juez siguiente en orden, quien deberá confirmar o rechazar la misma, dentro de las 48 horas siguientes.

d. Durante la tramitación de la consulta, el juez que conoce la causa continuará con la tramitación del proceso, inclusive hasta su conclusión.

e. En caso de declararse ilegal el allanamiento o el rechazo, el Juez consultante será denunciado por el Ministerio Público, de conformidad al artículo 35 de la presente Ley.

f. Las resoluciones del Juez de la consulta no son recurribles.

g. Una vez apartado del conocimiento de la causa un Juez, será competente para conocer el mismo el Juez Público Civil y Comercial en lo Civil siguiente en orden.

II. En ningún caso, la tramitación de los incidentes suspenderá la tramitación de la causa principal.

Artículo 28.- (Providencias y autos interlocutorios).-

I. En los procesos de decomiso civil no procederán las revocaciones de autos interlocutorios y providencias emitidos sobre aspectos secundarios al proceso.

II. Las providencias y autos interlocutorios serán dictados en el plazo de un día y 3 días, respectivamente. Contra ellas no procede el recurso de reposición y compulsas.

Artículo 29.- (Medios de Prueba).-

I. Serán admitidos como medios de prueba los documentos, la confesión, la inspección judicial, el peritaje, la testificación y las presunciones, así como todos los medios moralmente legítimos, conforme lo establece el artículo 373 de Código de Procedimiento Civil.

II. La prueba pericial será realizada por un solo perito, que será nombrado por el Juez y cuyos honorarios correrán a cargo de las partes que los propongan.

III. Ofrecida la prueba será admitida por el Juez, quien señalará un periodo común de diez días hábiles para su producción.

IV. Las pruebas serán valoradas conforme el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 30.- (Sentencia).-

I. Transcurrido el término de prueba, el Juez dictará sentencia. En ella el Juez decretará:

a. probada la demanda, cuando el Ministerio Público demostró la causal de decomiso civil;

b. improbada cuando fue insuficiente la prueba aportada para demostrar la causal legada.

Artículo 31.- (Efectos de la sentencia).-

I. La sentencia que declara probada la demanda declarará el decomiso de todos los derechos reales, principales o accesorios, desmembraciones, gravámenes o cualquiera otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien y ordenará su tradición e inscripción en el registro público correspondiente a favor del Estado en forma gratuita.

II. Si los bienes fueren muebles o moneda, y aún no estuvieren secuestrados en la sentencia se ordenará que se le haga entrega inmediata de los mismos o que se consignen, nominen o emitan a su disposición dichos valores.

III. Si en la sentencia se reconocieren los derechos de un acreedor prendario o hipotecario de buena fe sobre los bienes en que se haya dictado sentencia de decomiso civil, se procederá a su venta o subasta pública y con el producto se pagará el crédito en los términos que indique la sentencia.

Artículo 32.- (Apelación).-

La sentencia definitiva será susceptible de recurrirse de apelación. Será competente para conocer del recurso de apelación la Corte Superior de Distrito del Distrito Judicial a la que pertenezca el Juez Público Civil y Comercial cuya resolución se recurra.

El recurso se admitirá en ambos efectos, cuando se trate de la sentencia; las medidas precautorias impuestas no se verán afectadas, en ningún caso.

Artículo 33.- (Termino para apelar).-

El recurso de apelación se interpondrá ante el Juez competente, en el plazo de cinco días hábiles de notificada la sentencia definitiva, debiendo el mismo debe remitirse en el plazo de 48 horas al Tribunal Departamental de Justicia.

Artículo 34.- (Admisión).-

Recibido el recurso de apelación, Tribunal Departamental de Justicia. Lo examinará decidiendo sobre su admisión, en caso de declararlo inadmisibles, sólo podrá ser objeto del recurso de revocatoria en el plazo de 48 horas y resuelta en el plazo de 24 horas, bajo responsabilidad.

Artículo 35.- (Causales y tramite).-

I. Serán causales para impugnar en apelación la sentencia del Juez Público Civil y Comercial, además de las establecidas en el artículo 34 de la presente Ley, las siguientes:

- a. Cuando la prueba hubiere sido denegada indebidamente en primera instancia.
- b. Cuando la prueba no hubiere podido practicarse en primera instancia por causas no imputables a quien la propuso.
- c. Cuando los medios probatorios se refieran a hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de haber transcurrido el término de prueba.

II. Una vez admitido el recurso se correrá traslado a la parte contraria por cinco días hábiles, concluidos los cuales se ordenará la apertura de término de prueba de diez días hábiles, si se hubiese solicitado; caso contrario, y sin necesidad de ello se emitirá resolución.

III. Propuesta la prueba, el Tribunal Departamental de Justicia resolverá admitiendo los medios procedentes y ordenando su incorporación o señalando día y hora para su recepción, concluida la misma dictará sentencia.

IV. Contra la sentencia dictada por el Tribunal Departamental de Justicia podrá interponerse el recurso de casación ante el Tribunal supremo de Justicia, el cual se tramitará conforme **Código de Procedimiento Civil**.

Artículo 36.- (Causales de nulidad).-

I. Serán causales de nulidad del proceso de extinción:

a. La falta de competencia del juez.

b. La falta de notificación personal con el inicio de la demanda.

c. Negativa injustificada a decretar la producción de una prueba ofrecida oportunamente.

II. Estas causales podrán hacerse valer tanto en el recurso de apelación como en el recurso de casación ante la Corte Superior de Distrito y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente.

Artículo 37.- Responsabilidad penal).-

I. Los términos establecidos en la presente Ley son perentorios y de cumplimiento obligatorio. Su incumplimiento dará lugar a responsabilidad penal por incumplimiento de deberes y negativa o retardo de justicia.

II. La actuación negligente de las autoridades que intervienen en los procesos de decomiso civil, dará lugar a la responsabilidad penal por incumplimiento de deberes.

CAPITULO IV

BIENES Y ACTIVOS

Artículo 38.- (Destino de los bienes extinguidos judicialmente).-

I. Los bienes extinguidos o decomisados serán destinados a la institución que hubiere sido afectada con este delito o revertidos al Estado Plurinacional de Bolivia.

II. Los recursos y fondos obtenidos por la venta de bienes extinguidos serán manejados y administrados por el **Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción** mediante los mecanismos e instrumentos financieros más idóneos, incluyendo el fideicomiso.

III. Los recursos y activos obtenidos en los procesos de Decomiso Civil serán destinados a financiar programas, planes y acciones de lucha contra la corrupción.

Artículo 39.- (Destino de los bienes sujetos a medidas precautorias).-

I. Los bienes secuestrados serán entregados al Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción quien constituirá dos Regímenes: el Régimen de Bienes Extinguidos y el Régimen de Bienes sujetos a medidas precautorias; ambos serán administrados de manera separada y no podrán confundirse por ningún motivo.

II. . Cuando se trate de recursos monetarios, títulos financieros y valores que se encuentren sujetos a medidas precautorias, las instituciones financieras y bancarias que reciban la respectiva orden judicial abrirán una cuenta especial que genere rendimientos, los cuales formarán parte de la cuantía de los depósitos. Los rendimientos obtenidos pasarán al Estado en el caso de que se declare el decomiso civil sobre tales recursos, o caso contrario se entregarán a los titulares de los derechos o activos. Una vez emitida la sentencia correspondiente en los procesos de decomiso civil, los bienes incautados pasarán a propiedad del Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción

III. Los bienes fungibles, de género, o muebles que amenacen deterioro, podrán ser enajenados al mejor postor, o en condiciones de mercado cuando fuere el caso. Para su ejecución se estará a lo dispuesto en el artículo 525 a 549, del Código de Procedimiento Civil, con excepción del artículo 541.