

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
Carrera de Derecho
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS



TESIS DE GRADO

**“LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y DESPROPORCIONALIDAD DEL DAÑO
CAUSADO Y LA PENA EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN”**

Postulante: Heisman Favio Maldonado Parada

Tutor: Dr. Gustavo Camacho Pérez

La Paz – Bolivia
2009

| | |
|---|----|
| Diseño de Investigación | |
| 1. Enunciado del tema de la tesis..... | 1 |
| 2. Identificación del problema..... | 1 |
| 3. Problematización | 3 |
| 4. Delimitación del tema de la tesis..... | 4 |
| 4.1. Delimitación Temática..... | 4 |
| 4.2. Delimitación Temporal..... | 4 |
| 4.3. Delimitación Espacial | 4 |
| 5. Fundamentación e importancia del tema de la tesis..... | 4 |
| 6. Objetivos del tema de la tesis..... | 6 |
| 6.1. Objetivo general..... | 6 |
| 6.2. Objetivos específicos..... | 6 |
| 7. Hipótesis de trabajo..... | 7 |
| 7.1. Variables..... | 7 |
| 7.1.1. Variable Independiente..... | 7 |
| 7.1.2. Variable Dependiente..... | 7 |
| 7.2. Unidad de análisis..... | 7 |
| 7.3. Nexo Lógico..... | 8 |
| 8. Métodos y técnicas utilizadas en la investigación..... | 8 |
| 8.1. Métodos utilizados en la investigación..... | 9 |
| 8.2. Técnicas utilizadas en la investigación..... | 10 |

CAPITULO I

Marco de Referencia

| | |
|--|----|
| I.1. Antecedentes históricos del delito de Malversación..... | 12 |
| I.2. Conceptos previos del delito de Malversación..... | 14 |
| I.2.1. Concepto de Malversación..... | 14 |
| I.2.2. La Función publica..... | 15 |
| | 16 |

| | |
|---|----|
| I.2.3. Los Caudales Públicos..... | 17 |
| I.2.4. Conductas típicas del delito Malversación..... | 18 |
| I.2.5. Bienes comprendidos en el delito de Malversación..... | 19 |
| I.2.6. El Bien Jurídico Protegido en el delito de Malversación | |
| I.2.7. Afectación de Bienes en el delito de Malversación..... | 20 |
| I.2.8. Consumación del delito de Malversación..... | 20 |
| I.2.9. La Culpabilidad en el delito de Malversación..... | 21 |
| I.2.10. Figura Agravada en el delito de Malversación..... | 21 |
| I.2.11. Descomposición del tipo del delito de Malversación... | 21 |
| I.2.12. El Presupuesto público. | 24 |
| I.3. El Derecho Penal como ordenamiento regulador de la facultad estatal de exigir y castigar..... | 27 |
| I.4. Función del Derecho Penal..... | 29 |
| I.5. Objetivo de la legislación penal..... | 29 |
| I.6. Seguridad Jurídica..... | 30 |
| I.7. Bien Jurídico y bien Jurídico penal como límite del ius Puniendo..... | 32 |
| I.8. Derechos Fundamentales..... | 36 |
| I.9. Estructura de la norma jurídico penal..... | 37 |
| I.9.1 Delito..... | 38 |
| I.9.2. Concepto de Pena..... | 40 |
| I.9.3. Clases de Penas..... | 41 |
| I.9.4. Justificación de la Pena..... | 48 |
| I.10. La determinación o individualización de la Pena..... | 53 |
| I.11. Principio de proporcionalidad..... | 56 |
| I.12. Delitos de Cuello Blanco..... | 62 |

CAPITULO II

**Análisis de las disposiciones legales bolivianas
relacionadas con la Malversación**

| | |
|---|----|
| II.1. Constitución Política del Estado..... | 65 |
| II.2. Estatuto del funcionario publico (Ley 2027)..... | 68 |
| II.3. Código Penal..... | 69 |
| II.4. Ley de administración y control gubernamental 1178 (SAFCO)..... | 70 |
| II.5. Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública SAFCO..... | 73 |
| II.6. Ley especial de Juicio de responsabilidades. (2445) | 74 |
| II.7. Convención Interamericana Anticorrupción..... | 77 |

CAPITULO III

**Formulación de la hipótesis y Diseño de métodos y técnicas
utilizadas para su comprobación.**

| | |
|--|----|
| III.1. Encuesta..... | 79 |
| III.1.1. Diseño de la muestra..... | 79 |
| III.1.2. Determinación de la Muestra..... | 80 |
| III.1.3. Instrumentos..... | 82 |
| III.1.4. Preguntas de la Encuesta..... | 82 |
| III.2. Legislación comparada..... | 91 |
| III.2.1. Código Penal Argentino..... | 91 |
| III.2.2. Código Penal Colombiano..... | 91 |
| III.2.3. Código Penal Español..... | 92 |
| III.2.4. Código Penal Ecuatoriano..... | 93 |
| III.2.5. Legislación Venezolana..... | 95 |
| III.2.6. Cuadro comparativo de la Sanción del delito de malversación en diversas legislaciones..... | 96 |

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | |
|----------------------------|-----|
| IV.1. Conclusiones | |
| IV.2. Recomendaciones..... | 99 |
| Bibliografía..... | 101 |

1. Enunciado del Tema de la Tesis.

El Estado democrático de derecho no es sino la manifestación más compleja y evolucionada hasta la fecha de los ideales del constitucionalismo, se funda sobre la tensión entre dos grandes principios: la investidura de los gobernantes por los gobernados a través de elecciones libres y la sujeción de los gobernantes y gobernados a la legalidad.

Enmarcados en los Derechos Constitucionales de las personas, entre los cuales se encuentra el derecho a la vida, salud, educación se hace necesaria la ejecución de normas que avalen una inversión responsable de los caudales del Estado.

En este contexto, veo que existe

“LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y DESPROPORCIONALIDAD DEL DAÑO CAUSADO Y LA PENA EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN”

2. Identificación del Problema.

La convivencia social por la esencia gregaria del ser humano, en cualquier Estado genera ciertos conflictos, que cuando no son delitos se resuelven sin la participación del Estado, pero cuando se trata de conflictos jurídico penales, el Estado participa necesariamente como exclusivo detentador del poder punitivo.

El ordenamiento jurídico plantea una pluralidad de Normas cuya validez reposa sobre una Fundamental, dentro de esta investigación se pretende demostrar la desproporcionalidad de la pena en el tipo de Malversación, del código Penal boliviano, para que vaya en concordancia

con la Constitución Política del Estado, que las personas a las cuales se ha delegado la administración en todos los niveles, cumplan correctamente con sus funciones y sean responsables en el ejercicio de lo delegado por el pueblo.

Es necesario combatir la criminalidad que se comete en detrimento de la correcta Administración Pública, más aún el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado en las ramas de los tres poderes.

El delito de Malversación no solo tiene que ser planteado como la transgresión al bien jurídico Administración Pública, sino que hay que tomar en cuenta que cuando se malversa dinero de ítemes determinados afecta también la salud, educación, la defensa del Estado o a las víctimas de desastres naturales, se afecta trascendentalmente a la sociedad, ya que siendo el nuestro un país con muchas deficiencias en educación y salud una correcta inversión en este sector es lo que debería hacerse por las personas que detentan en su momento el poder público.

El sujeto pasivo de en este delito es siempre el Estado y siendo éste afectado, lo es también la sociedad toda por él representada, con la sanción del delito de Malversación se ampara en nuestra legislación la Función Pública pero con la actual sanción, el sujeto activo de este delito no es sancionado adecuadamente, ya que en un Estado como el nuestro con elevado índice de pobreza es necesario una eficiente labor por parte del funcionario público.

La ineficacia de la Ley Safco por la posibilidad de evadir la responsabilidad administrativa, ejecutiva y civil, dejan a la Ley penal como la única encargada de sancionar este delito y actualmente con la pena de hasta un año o hasta 240 días multas, o con la pena agravada de hasta un año y

cuatro meses o de hasta 320 días multas, más aún si tomamos en cuenta que este delito es pasible a perdón judicial, pierde eficacia en cuanto a la prevención del delito.

3. Problematización.

Las normas se legislan, suprimen o se modifican de acuerdo a la necesidad de la sociedad, para lo cual el Estado en el ejercicio del poder punitivo debe satisfacer dichas necesidades, debe tratar de dar una garantía a la sociedad que los bienes jurídicos fundamentales serán protegidos eficientemente.

Esto tiene especial énfasis cuando la víctima del delito de Malversación es el propio Estado, de lo que surgen las preguntas:

1. ¿Podrá el Estado boliviano controlar los mayores recursos que están recibiendo las alcaldías y prefecturas?
2. ¿Cuales son las normas relacionadas al control de estos Recursos y cumplirán eficientemente su función?
3. ¿Cuales son los fines de la pena y se cumplen estos fines en el Delito de Malversación?
4. ¿Se ha tomado en cuenta los derechos que transgrede el delito de Malversación para darle una pena proporcional?

4. Delimitación del Tema de la Tesis.

4.1. Delimitación Temática.

La presente investigación se llevará a cabo en el marco del Derecho Penal, que mediante el análisis de sus teorías se determinará si existe la proporción de la pena en el delito de malversación

4.2. Delimitación Temporal.

La presente investigación se realizará a partir del año 1996, un año después de la promulgación de la Ley de descentralización administrativa y dos años después de la promulgación de la Ley de participación popular.

4.3. Delimitación Espacial.

El presente trabajo de investigación se realizará en la ciudad de La Paz, sede del poder ejecutivo y legislativo, además la capital del departamento con más municipios en el país.

5. Fundamentación e Importancia del tema de la tesis.

La comisión de los delitos contra la función pública es uno de los graves problemas que amenaza la democracia y el desarrollo económico y social, mas aún si tomamos en cuenta que Bolivia según informe del PNUD del 2005, es un país que se ubica entre los cuatro más rezagados de la región, está ubicada en la franja denominada de desarrollo humano medio, se ubica en el puesto número 114 con un (IDH) índice de desarrollo humano

de 0.681. Con esta cifra, supera tan sólo a Honduras, Nicaragua y Guatemala.

El Delito de Malversación incrementa los costos de los servicios públicos y obstaculiza o impide su prestación, reduce los ingresos del Estado, da lugar a aumentos injustificados del gasto público, lo que es impensable en un país con las condiciones como el nuestro, necesitado de eficacia de los ya recursos escasos que posee, este delito trae al mismo tiempo un descrédito hacia el Estado, ya que los funcionarios públicos representan la imagen visible del mismo.

Con la promulgación de la Ley de Participación Popular, la ley de Descentralización Administrativa y la realidad actual del aumento del IDH tanto los municipios como las prefecturas perciben mas dinero y por ende mas responsabilidades para la realización de su gestión.

En el caso de la Malversación siendo este un delito que tiene diferentes consecuencias en países pobres que en países desarrollados, en nuestro país de deben tomar medidas que eviten que este delito cause la repercusión social que en este momento ocasiona, ya que la seguridad jurídica está en juego, porque en este delito las otras normas paralelas a penal son tan ineficiente que ésta restando eficacia en cuanto a la prevención de este delito.

6. Objetivos del Tema de la Tesis.

6.1. Objetivo General.

Demostrar la desproporción existente de la pena en el tipo penal de Malversación Art. 144 del Código Penal Boliviano.

6.2. Objetivos Específicos.

- Analizar la doctrina respecto al delito de malversación.
- Analizar el actual Código Penal en que respecta a la malversación.
- Identificar las normas relacionadas a la Malversación.
- Establecer la eficiencia de las normas en la prevención del delito de Malversación.
- Averiguar la percepción de las personas con conocimiento en el área respecto a la pena en el delito de Malversación
- Realizar la legislación comparada para analizar el tratamiento de la Malversación.

7. Hipótesis de Trabajo.

Partiendo de la problemática expuesta anteriormente, es que se plantea la siguiente hipótesis:

“La pena del tipo de Malversación del código Penal Boliviano es desproporcional en los casos que se afectan ciertos derechos fundamentales”.

7.1. Variables.

En el planteamiento de la hipótesis de trabajo, se cuentan con las siguientes variables:

7.1.1. Variable independiente.

La variable independiente es aquella que se constituye en la causa de un determinado de hecho. En este caso se determina la siguiente variable:

La pena del tipo de Malversación del Código Penal boliviano

Variable dependiente.

La variable dependiente es aquella que se constituye en el efecto de un determinado hecho. A continuación se plantea la siguiente variable con esta característica:

En los casos que se afectan ciertos derechos fundamentales

7.2. Unidades de análisis.

En esta parte se emplea una metodología acorde con el requerimiento del trabajo con sus respectivos instrumentos de análisis e investigación para la correspondiente evaluación y situación actual sobre la pena en el delito de Malversación.

- Código Penal Boliviano.
- Teoría del delito y de la pena.
- Principios del Derecho Penal.
- Disposiciones legales referentes al tema
- Derechos constitucionales.

7.3. Nexo Lógico.

En este punto del trabajo es donde nos permite analizar y unir la hipótesis, las variables con las unidades de análisis.

En este trabajo de investigación encontramos como nexo lógico **Desproporcional**, es decir, que no existe correspondencia entre la sanción, el bien jurídico protegido y el daño o peligro de daño, que es lo que esta investigación trata de demostrar.

8. Métodos y técnicas utilizadas en la investigación.

8.1. Métodos utilizados en la investigación.

En la presente investigación para que tenga sustento científico se utilizaron.

Método deductivo.

El método deductivo que es aquel que parte de los datos generales aceptado como válidos y que por medio del razonamiento lógico pueden deducirse varias suposiciones. *“Es el enlace de juicios que llevan a la inferencia, una inferencia o razonamiento es la combinación de dos o más juicios. En sentido riguroso, inferir significa obtener un juicio llamado conclusión.”*¹

Método Dogmático Jurídico.

Como esta investigación se refiere al estudio del derecho vigente, al desenvolverse su objeto de estudio dentro de un determinado ordenamiento jurídico precisado en el espacio y en el tiempo, se utilizó el método Dogmático Jurídico, que a decir de Santiago Nino² *“ estudia el derecho vigente en determinado espacio y tiempo históricos que se precisan en el ordenamiento jurídico de un país que, bajo la forma de repúblicas o monarquías constitucionales, no es sino una parte de la sociedad humana organizada con reglas y preceptos que establecen derechos y obligaciones.”*

Método comparativo.

¹ POVEDA P. JOSÉ LUÍS, Técnicas de Investigación Orientadas a la Tesis, Ed. Presencia, La Paz – Bolivia, Pág.6, 1999.

² NINO CARLOS SANTIAGO, Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Universidad Autónoma de México, 1989.

Este Método permite establecer semejanza y diferencias de los fenómenos por su forma e inferir de ello una conclusión, *“El Derecho comparado es una disciplina o método de estudio del Derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados.”*³ En este sentido se realizó la comparación de la pena del delito de Malversación en diferentes legislaciones.

8.2. Técnicas utilizadas en la investigación.

Encuesta.

Es una de las técnicas mas utilizadas en la investigación, que esta compuesta por una serie de técnicas especificas destinadas a procesar, y analizar información sobre un grupo de personas de un colectivo o universo elegido por el investigador como base de su estudio.

Cuestionario.

Es el conjunto de preguntas previamente determinadas que se emplean en el proceso de la encuesta con la finalidad de conocer características de una población, *“El cuestionario es un sistema de preguntas que tiene como finalidad obtener datos para una investigación.”*⁴

El cuestionario se hizo con preguntas cerradas personas entendidas en Derecho Penal, para observar la percepción de los mismos acerca del delito de Malversación.

³ IBIDEM.

⁴ PARDINAS FELIPE, Metodología y Técnicas de investigaciones en Ciencias Sociales, Ed. Siglo XXI, México D.F. México, Pág. 95, 1979.

Muestreo Probabilístico.

Para Vargas algunos autores sostienen que el muestreo es una técnica que permite la selección de una muestra representativa de la población a la que pertenece⁵.

Debido a la cantidad de fiscales y Abogados se determinará una muestra para conocer la percepción que los mismos tienen sobre la sanción en el delito de malversación. *“Esta técnica es en esencia, un subgrupo de la población. Digamos que es un subconjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sus características que llamamos población.”*⁶

CAPITULO I

Marco de Referencia

El Derecho Penal no es más que la constatación de que en toda sociedad existe un conflicto permanente entre la sociedad y aquellos quienes incumplen las normas de convivencia impuestas por el estado, en este capítulo en primer lugar vamos a hacer una breve reseña histórica del delito

⁵ ARTURO VARGAS FLORES, Taller teórico práctico de elaboración de Perfil de Tesis. 2008

⁶ HERNÁNDEZ SAMPIERI ROBERTO, FERNÁNDEZ COLLADO CARLOS, PILAR BAPTISTA LUCIO, Metodología de la investigación, Segunda edición, Ed. McGraw-Gill, Medico, Pág.207, 1998.

de Malversación y desarrollar conceptos propios del delito de Malversación, en segundo lugar conceptos de la ciencia jurídica respecto al tema de investigación, finalmente se analizará la teoría de la pena en relación con el código y el tipo penal, finalmente se pondrá énfasis en la individualización de la pena y principalmente en el principio de Proporcionalidad.

I.1. Antecedentes Históricos del delito de Malversación.

Desde tiempos remotos el hombre castigó aquellas conductas con las que el gobernante se apropiaba del patrimonio público y desde entonces, con más o menos diferencias, la defensa de este patrimonio público se mantuvo hasta nuestros días. Para los romanos, fondos públicos eran primitivamente los que pertenecían al pueblo de Roma y en tal carácter se los consideraba sagrados (*sacrae*), no ocurriendo lo mismo con los bienes pertenecientes a la ciudad o a instituciones públicas, que más bien eran privados. Solo la evolución política conceptual de Roma, asimiló todos estos bienes a la jerarquía de públicos (*publicae pecuniae*).

Fue a partir de un rescripto de Trajano y Adriano (ambos emperadores de origen ibérico), que se dispuso la persecución de quienes peculaban los tesoros de ciudades y beneficios pues como cuenta Carrara, se fue abandonando la idea de pertenencia que como a lo que sostenía Papiano, las cosas sobre las que recaía el delito, eran aquellas que se consideraban pertenecían al pueblo de Roma.

En los comienzos del siglo XIX, Feuerbach llamaba *desfalco*, al delito cometido por el funcionario que arbitrariamente se apoderaba de la

propiedad mueble pública confiada a su custodia, convirtiéndola en bien privado.

La evolución posterior de la legislación, especialmente en Italia, hace nacer otras formas de afectación del patrimonio público y entre ellas comienza a hablar de la distracción de fondos públicos. *“Este distraer, es el que coincide con la Malversación, a pesar de las múltiples discusiones que generó en su momento en la doctrina y la criticada inclusión en el Código Penal francés, en el que se utilizaba inapropiadamente (para Carrara) sustraer y distraer”*.⁷

El proyecto de Código penal para Bolivia, de Julio Salmón, define la malversación en su Art. 299, como sigue: “Será reprimido con inhabilitación especial de uno a tres años, el funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieran destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieran destinados, se impondrá además al culpable, de 6 meses a 1 año de prisión”. En este proyecto lo relevante es que la inhabilitación está inmersa en el tipo del mencionado Código, es la diferencia con el actual.

Por su parte la comisión codificadora nacional de Bolivia presidida por el ilustre Manuel López Rey y Arrojo, a solicitud del Gral. Peñaranda, entregó en 1943 el proyecto oficial del Código Penal, el mismo que no pasó de ser proyecto por el repentino cambio de gobierno, en su art. 200 refiere: “El funcionario publico o autoridad que diere al dinero u otra cosa mueble que administrare, una aplicación diferente de aquella a que estuviere destinado, incurrirá en prestación de trabajo de 3 meses y un día a 6 meses o represión judicial y multa de Bs. 1000 a Bs. 6000. En casos notoriamente graves, se

⁷ VILLADA, JORGE LUÍS, Delitos Contra la Función Pública, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires - Argentina, 1999, Pág.133

impondrá arresto de 3 meses a 3 años. Si diere lugar a que otro realice la malversación, incurrirá en prestación de trabajo de 1 mes y 1 día a 3 meses o represión judicial y multa de Bs. 500 a Bs. 3000.

1.2. Conceptos Previos del delito de Malversación.

1.2.1. Concepto de Malversación.

Este término proviene de dos vocablos latinos: male y versare que significa invertir mal. Para Harb *“Es otro delito propio de la función pública que solo puede cometerlo el funcionario público y cuya antijuridicidad estriba en el hecho de dar a los caudales que se administra, percibe o custodia, una aplicación distinta a aquella a la que estuvieran destinados.”*⁸ Para eso existe el presupuesto general de la nación que en su parte de egreso señala ítem por ítem en lo que deben emplearse los fondos públicos, alterar esto es malversación, gastar un ítem en otra cosa distinta a la destinada.

Como señala Rodríguez Devesa *“el delito de malversación afecta al patrimonio publico; la gestión desleal de los entes públicos causa un perjuicio patrimonial cierto, como el dar a los caudales del Estado un destino diferente del que tenían asignado, que obliga a proveer con otros medios económicos no previstos a las necesidades que aquellos caudales habían de cubrir o dejar desatendidos los servicios públicos para los que habían sido presupuestado”*.⁹

Es necesario hacer una digresión partiendo del hecho de que el presupuesto general de la Nación es una ley de la república, sino hay

⁸ MIGUEL HARB, BENJAMÍN, Derecho Penal, Parte Especial, Delitos en particular, Ed. Juventud, Quinta edición La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 39.

⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARIA, Derecho Penal Español, Parte general, Ed. Dykinson, Décima séptima edición, 1996, Pág. 1133.

presupuesto o no lo hay aprobado por el congreso, como sucede en los regímenes de facto no se comete delito, porque el código señala “el que diere a los caudales que administra, percibe o custodia, una aplicación distinta a que estuvieran destinados”; *el destino se hace en el presupuesto, a no ser que el gobierno de facto mediante decreto ley apruebe su propio presupuesto, lo que no tiene sentido, puesto que la aprobación y sanción legislativa es para que este poder pueda formularlo, reformarlo, o aprobarlo pura y simplemente.*¹⁰

1.2.2. La Función pública.

Como en cualquier actividad administrativa, el personal es el principal elemento, sin el cual no se podrían llevar a cabo los fines perseguidos por el servicio público de un estado.

Para Dermizaky *“Función pública es el conjunto de actividades que realizan los agentes de la administración para el cumplimiento de los fines que ésta persigue; y funcionario o empleado publico es el que en virtud de designación especial y legal (sea por decreto ejecutivo, sea por elección) y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una limitada esfera de competencia. Constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado. Cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social”*¹¹

1.2.3. Los Caudales Públicos.

El término caudales es entendido por la doctrina según Núñez en un sentido que comprende toda clase de bienes, *“son todos los que pertenecen*

¹⁰ IBIDEM.

¹¹ DERMIZAKY PEREDO, PABLO, Derecho Administrativo, Sexta Edición ampliada y actualizada, Cochabamba – Bolivia, 2004, Pág. 167

al Estado o entes autárquicos, como bienes aportados y puesto a disposición de aquéllos por particulares para realizar servicios a cargo de entes públicos”¹²

Nuestro Código Civil indica en su art. 74¹³ que son bienes las cosas materiales e inmateriales que pueden ser objeto de derechos y que todos los bienes o son inmuebles o son muebles y el art. 84¹⁴ del mismo código señala que los bienes del Estado, de los municipios, de las universidades y otras entidades públicas, se determinan y regulan por la Constitución y las leyes especiales que le conciernen.

Los caudales y efectos deben ser públicos, ya sea en nuestro caso nacional, departamental o municipal. Morales sintetiza el término “*Caudal significa hacienda, bienes de cualquier especie y más comúnmente dinero*”.¹⁵

I.2.4. Conducta típica del delito de Malversación.

Para Villada la doctrina utiliza la formula “*dar a los caudales o efectos administrados por el autor, una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados*”¹⁶. Genéricamente hay un uso arbitrario.

Según este mismo autor “*el delito se consuma cuando los caudales o efectos, son desviados, distraídos del fin que les incumbe, sin salir de la orbita de la administración*”¹⁷. Por ello quizás no debe extrañar pero tampoco llamar a engaño al aparato represivo, que los funcionarios involucrados en

¹² NUÑEZ, Manual de Derecho Penal, Tomo VII Pág 113

¹³ ESTADO BOLIVIANO, Código Civil Boliviano, ed. UPS editorial, La Paz Bolivia, Pag. 18, 2002.

¹⁴ IBIDEM.

¹⁵ MORALES GUILLEN, CARLOS, Código Penal concordado y a notado, Ed. Gisbert y Cia. S.A. La Paz – Bolivia, 1993.

¹⁶ VILLADA, JORGE LUÍS, Delitos Contra la Función Pública, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires - Argentina, 1999, Pág.399.

¹⁷ IBIDEM.

este tipo de ilícito no entiendan porque se les imputa la conducta delictiva. Convengamos que este manejo arbitrario punible por tal circunstancia, en la mayoría de los casos, depende de un manejo autoritario del agente en otros niveles de su función.

Tales efectos, o valores, van a parar a otra actividad, otro servicio u otro destino dentro de la administración, así lo determina según Villada la jurisprudencia dominante.

I.2.5. Bienes comprendidos en el delito de Malversación

Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Lo que aquí se equipara son los bienes, en razón del interés de que sean objeto de mayor protección por su pertenencia y destino o por la situación en que se encuentran, y en relación con ello, la función asignada a su autor.

Para Creus *“La disposición se refiere a los administrados y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente”*¹⁸

Cualquier otro administrador o depositario queda sometido a las disposiciones del título de los delitos contra la propiedad. Requisito

¹⁸ CREUS. CARLOS, Delitos Contra la Administración Pública, Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina, 1981, pág. 126

indispensable para que pueda cometerse es que tanto el acto del embargo, secuestro o depósito, como la designación de administrador o depositario tenga plena validez. No se requiere condición particular alguna en el autor, que puede ser el propio dueño. El delito tendrá como requisito en los casos de los administradores o depositarios el previo conocimiento consentimiento del interesado.

La relación funcional, al señalarse que los caudales o efectos deben haber sido confiados al funcionario por razón de su cargo. Se trata de funcionario que tiene competencia para ello, a quien corresponde legalmente el manejo, percepción, administración o custodia de bienes.

No existiendo imputación específica, la preferencia queda librada a la apreciación del funcionario y falta el presupuesto para la malversación.

I.2.6. El Bien Jurídico Protegido en el delito de Malversación.

Esta figura en todas las legislaciones, ampara la regularidad del desenvolvimiento patrimonial del Estado. Los caudales y efectos en la órbita de la administración, un desarrollo que está especificado por normas o reglamentos, que limitan al máximo la arbitrariedad de su manejo, por parte de los funcionarios que tienen potestad sobre los mismos. *“Los tipos no protegen específicamente la prioridad de esos bienes, si no la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se lo han reunido o creado, todos ellos tiene en común su caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacer cumplir sus finalidades o preservarlas para ello.”*¹⁹

¹⁹www.cnda.net.bo/biblioteca/JUS_PEN_ADU/contenido/modulo_03_.pdf

Según Villada *“Jurisprudencialmente, se trata de preservar esos manejos, de toda conducta que arbitrariamente distraiga tales bienes de aquellos fines asignados, utilizándolos de un modo distinto al previsto por la normativa pertinente”*. Tiene como efecto último el de vulnerar la transparencia del manejo de tales bienes y en muchos casos, perjudicar el servicio al que estaban adjudicados.

I.2.7. Afectación de Bienes en el delito de Malversación.

Los caudales o efectos están expresamente asignados por la ley, el reglamento o la orden demandada de autoridad competente a un destino determinado o específico.

El destino cambia afectando los bienes a otros distintos de los legalmente determinados, o específicos. *El destino se cambia afectando los bienes a otros del legalmente determinado sin salir de la esfera de administración dándole un destino administrativo diferente; el destino de los fondos los determinan las "llamadas leyes de presupuesto".*²⁰

I.2.8. Consumación del delito de Malversación.

El delito se consuma con la aplicación de los caudales o efectos a un destino distinto del asignado por la ley, el reglamento o la orden administrativa. Ahora bien, que significa aplicar los fondos es algo que no ha recibido un tratamiento del todo pacífico. *“Parece exacto que no lo es el simple cambio de imputación de los bienes por medio de un acto administrativo, por ejemplo dictar un reglamento o emitir una orden para*

²⁰ CREUS. CARLOS, Delitos Contra la Administración Pública, Ed.. Astrea, Buenos Aires Argentina, 1981, pág. 126.

*resignar a una cuenta de fondos destinados a otro cuando el funcionario no está autorizado a hacerlo*²¹

Pero tampoco sería estrictamente necesaria la inversión, es decir, el gasto de los bienes, sino que es suficiente su utilización con un destino que no sea el legalmente previsto, aunque no implique gastarlos, *por ejemplo, “que el oro existente para atender necesidades de carácter financiero sea fundido para confeccionar una estatua que adorne la casa de gobierno*”²²

I.2.9. La Culpabilidad en el delito de Malversación.

El dolo comprende, en su contenido cognoscitivo, el conocimiento del destino genérico o específico de los bienes y de la calidad en virtud de la cual el funcionario puede disponer de ellos, y en el aspecto volitivo, la voluntad de disponer de ellos con un destino distinto de aquél.

I.2.10. Figura Agravada en el delito de Malversación.

El daño es cualquier efecto perjudicial para el servicio, sea de carácter económico, sea en orden a su prestación, aunque no implique una lesión patrimonial; entorpecimiento es cualquier inconveniente en la prestación del servicio según los programas establecidos con sus posibilidades normales, aquí se pune específicamente la inobservancia de la ley en el uso de los bienes.

²¹ SOLER, SANTIAGO, Derecho Penal argentino, Tomo VII, Edit. Tea, Edición, Bs. Aires - Argentina, 1976, Pág.143

²²CREUS. CARLOS, Delitos Contra la Administración Pública, Edit. Astrea, Buenos Aires Argentina, 1981, pág.318.

I.2.11. Descomposición del tipo del delito de Malversación.

Artículo 144. (Malversación) *El funcionario Público que diere a los caudales que administre, percibe o custodia, una aplicación distinta a aquella que estuvieren destinados, incurrirá en reclusión de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días.*

Si del hecho resultare daño o entorpecimiento para el servicio público, la sanción será agravada en un tercio.

El delito de Malversación consiste en invertir mal, dar a los caudales administrados por el autor una aplicación diferente de aquella a la que estuvieren destinados.

Delito.

Es un delito de los llamados propios, porque solo puede ser cometido por una persona que reviste una función específica (funcionario público).

Sujeto activo.

Es propio: solo puede ser cometido por un funcionario público, que tenga en custodia o se hallare encargado de administrar dineros, valores o bienes del Estado, con atribución para disponer de dichos caudales.

Sujeto pasivo. El Estado.

Bien Jurídicamente protegido.

La Función pública, es decir, la seguridad de los bienes públicos o privados confiados a los funcionarios públicos por razón de sus funciones, la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma orbita de la administración.

Verbos nucleares.

Dar, a los caudales que, administra percibe o custodia.

Los Caudales según el tipo tienen que ser públicos, si hubieran entre ellos bienes pertenecientes a particulares, deberán estar secuestrados o depositados por disposición de autoridad competente y bajo la responsabilidad del Estado.

Administrar, en su acepción pertinente al tema es ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes, para el caso los caudales que ha de suministrarse, proporcionar y distribuir en función del cometido del cargo que desempeña.

Percibir, importa recibir una cosa y encargarse de ella. *Custodiar*, supone guardarla con cuidado y vigilancia. Todo ello comprende la facultad otorgada al funcionario en razón de su función, para disponer los bienes. Aplicación, distinta aquella a que estuvieren destinados.

Condición objetiva de punibilidad.

Los Caudales tienen que ser públicos, y el funcionario que cometa este delito debe tener poder de disposición de los recursos que hayan sido malversados.

Condición subjetiva de punibilidad.

Es doloso, Art. 13 quater del Código Penal, Cuando la ley no conmina expresamente con pena le delito culposo, solo es punible el delito doloso.

Está en el simple conocimiento del destino que los fondos tienen señalado y en la voluntad de efectuar el gasto incorrecto no obstante ese conocimiento.

Sanción.

La pena es de reclusión de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días.

Agravante.

En un tercio si resultare entorpecimiento del servicio publico, lo que significa un año y cuatro meses de reclusión o trescientos veinte días multa.

1.2.12. El Presupuesto público.

El presupuesto público expresa en términos monetarios, los objetivos y metas de las diferentes entidades, traducidos en programas operativos anuales que incluyen requerimientos humanos y materiales necesarios para el logro de sus objetivos. La concepción moderna del presupuesto lo concibe como un instrumento de programación y control, por lo tanto la asignación financiera se realiza en función de objetivos concretos de programación.

“El presupuesto General de la Nación como principal instrumento de la gestión pública, expresa la estimación de los ingresos nacionales, departamentales, municipales e institucionales y la asignación de los recursos en función de la programación de operaciones y la organización administrativa, permitiendo en consecuencia la rendición de cuentas de los servidores públicos. A través del presupuesto cada año se define, expresa, aprueba, ejecuta, controla y evalúa la gestión administrativa y operativa de las entidades públicas.”²³

“El presupuesto del sector público se elabora en base a un conjunto de normas y procedimientos que orientan su contenido a prestar mayor atención a los objetivos que a los objetivos que el gobierno pretende alcanzar, más que en los bienes y servicios que se prevé adquirir.”²⁴

La elaboración del presupuesto público es un proceso que comprende las siguientes etapas:

1. Formulación, es el conjunto de acciones que permiten obtener el Proyecto de Presupuesto.
2. Discusión y aprobación que es función del legislativo y consiste: en el análisis político y técnico en el Poder Legislativo del Proyecto de Presupuesto presentado por el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda y el acto forma de su aprobación por el Poder Legislativo a través de la Ley financiera.

²³ C.G.R. CENTRO NACIONAL DE CAPACITACIÓN, Ley 1178 Compendio Didáctico, Segunda Edición, , Pág. 76, 2005

²⁴ IBIDEM.

3. Ejecución, significa aplicar los recursos financieros para la producción de bienes y servicios que permitan cumplir los objetivos previstos.
4. Control y Evaluación, comprende la medición y examen de los resultados de la ejecución presupuestaria, en anales de la eficacia y eficiencia de las acciones cumplida ya la adopción de medidas correctivas necesarias,

La Ley 1178 (SAFCO) establece Sistemas de administración y control, entre los cuales está el Sistema de Presupuesto, que vendría a ser *“un conjunto ordenado y coherente de principios, políticas, normas y procedimientos utilizados en cada uno de los sistemas que lo componen, para el logro de objetivos y metas del sector público.”*

El Art. 8 de la Ley SAFCO establece que el objetivo del Sistema de Presupuesto es prever los montos y las fuentes de los recursos financieros para cada gestión anual en función de las prioridades de la política gubernamental y su asignación a los requerimientos monetarios de la programación de operaciones y de la organización administrativa adoptada.

En el mismo artículo indica que el sistema de Presupuesto se sujeta a los siguientes preceptos generales.

a) Las entidades gubernamentales que:

- Cuenten con recursos provenientes de tributación,
- Utilicen aportes a la seguridad social y otros aportes,
- Reciban regalías o transferencias de los tesoros del Estado,

Sujetarán sus gastos totales a:

- La disponibilidad de sus recursos,
- A las condiciones del financiamiento debidamente contraído,
- a los límites legales presupuestarios.

No podrán transferir gastos de inversión a funcionamiento.

b) Las entidades con autonomía de gestión y de patrimonio cuyos ingresos provengan exclusivamente:

- por venta de bienes o
- por prestación de servicios.

Financiarán con tales ingresos:

Sus costos de funcionamiento,

- El aporte propio del financiamiento para sus inversiones,
- El servicio de su deuda.

Sus presupuestos de gastos son indicativos de sus operaciones de funcionamiento e inversión.

Los presupuestos de gastos del Banco Central y de las entidades públicas de intermediación financiera sometidas al programa monetario del Gobierno y a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos, son indicativos de sus operaciones de funcionamiento y de inversión no financiera.

No se permitirá la transferencia de gastos de inversión o excedentes de ingresos presupuestados a gastos de funcionamiento.

I.3. El Derecho Penal como ordenamiento regulador de la facultad estatal de exigir y castigar.

Para cumplir la función protectora de bienes jurídicos, se atribuye a un poder transpersonalista superior, que en nuestros días es el Estado, una doble facultad, que el ordenamiento penal regula, la de exigir a los componentes del grupo social que se comporten con lo que las normas disponen (mandan o prohíben) y de imponer penas o medidas de seguridad a los individuos que realicen actos contrarios a lo que prohíbe la norma²⁵

La facultad de imponer el cumplimiento de penas o medidas de seguridad a los individuos que realizan comportamientos prohibidos por la ley penal, constituye lo que tradicionalmente se viene llamando “ius puniendi”, el cual, según Sainz²⁶ es entendido por unos como un derecho subjetivo porque, el Estado ocuparía una posición tal que el Derecho Penal se pondría a su disposición para que ejerza el castigo ante el sujeto pasivo y por otros como una potestad del Estado. Se decía que esta definición tenía mucho riesgo de justificar el totalitarismo. Este planteamiento subjetivo se ha ido abandonando progresivamente conforme se ha ido consolidando los principios de Orden Constitucional propios de un Estado social y democrático de Derecho.

Por mas que esta concepción del ius puniendi fuera formulada en época muy alejada de la actual, (de Binding, Rocco Cavallo ha recibido su mas clara defensa), y que no sea pacífica en la doctrina su aceptación, no deja de ser la que de modo mas convincente explica la relación punitiva.²⁷

²⁵ SAINZ CANTERO, JOSÉ A. Lecciones de Derecho Penal. 3ra. Edición, Edit. Bosch, Pág. 16, Barcelona – España, 1990

²⁶ SAINZ CANTERO, JOSÉ A. Lecciones de Derecho Penal. 3ra. Edición, Edit. Bosch, Pág. 17, Barcelona – España, 1990

²⁷ M. COBO DEL ROSAL, Consideraciones generales sobre la concepción del poder punitivo del estado, Pág. 257, 1976

Para Zaffaroni *“dado que el derecho penal procura tutelar bienes jurídicos contra ataques que lo afectan y lesionan con ello la seguridad jurídica, el derecho no puede ser menos que una rama del derecho público, es decir, de un derecho en que interviene directamente el Estado como persona de derecho público”*.²⁸

El propósito de seguridad de las penas y la limitación de la ingerencia del Estado a las conductas que afecten bienes jurídicos, son necesariamente complementarios: el derecho penal que reserva la moral a la conciencia individual no puede perseguir con la pena ninguna finalidad expiatoria (moral), sino que solo puede buscar un propósito del aseguramiento del ámbito de la conciencia moral.

I.4. Función del Derecho penal.

La función del derecho penal es el mantenimiento de la paz social para hacer posible la convivencia de unos hombres con otros, *esta función la cumple tutelando con la especial protección que dispensa la severidad de sus medios de reacción, (penas y medidas de seguridad) los bienes jurídicos que se consideren fundamentales, frente a los ataques de mayor intensidad (los mas intolerables)*.²⁹

Esa función de tutela puede desarrollarla el Derecho penal a través de dos vías: castigando con una pena (retribuyendo con un mal) el atentado al bien jurídico protegido, cumplirá entonces una función retributiva y, previniendo, antes de que llegue a producirse ese atentado, una vez constatada la probabilidad de que tenga lugar; realizará una función preventiva.

²⁸ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Manual de Derecho Penal, Edit. Cardenas, 6º Edición, Bs. Aires, 1991, Pág. 44

²⁹ SAINZ CANTERO, JOSÉ A. Lecciones de Derecho Penal. 3ra. Edición, Edit. Bosch, Pág. 31, Barcelona – España, 1990

1.5. Objetivo de la legislación penal.

Para los partidarios de la seguridad jurídica, la pena tiene efecto principalmente sobre la comunidad jurídica, como prevención general, es decir, para los que no han delinquido no lo hagan. En otras palabras, para los partidarios de la seguridad jurídica la pena se dirige a los que no han delinquido.

Para los partidarios de la defensa social, la pena tiene efecto sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir, esto es, la pena como prevención especial. Para estos la pena se dirige a los que han delinquido.

Conforme a las opiniones más generalizadas en la actualidad, *la pena entendida como prevención general, es retribución, en tanto que, entendida como prevención especial, es reeducación y resocialización. La retribución devuelve al delincuente el mal que éste ha causado socialmente.*³⁰

I.6. Seguridad Jurídica.

La Seguridad jurídica es el estado psicológico del hombre, producido por causas determinadas externas, que le permite prever el futuro y tomar su posición frente a él. Es al decir Bentham, *“la base sobre la que descansan todos los planes, todo ahorro y todo trabajo, y lo que hace que la vida no sea solo una sucesión de instantes sino una continuidad, entrando como un eslabón más en la cadena de las generaciones”*³¹

En un sentido mas general, indica J.T. Delos, *“la seguridad jurídica es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos*

³⁰ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Manual de Derecho Penal, Edit. Cardenas, 6º Edición, Bs. Aires, 1991, Pág. 49

³¹ BENTHAM, JEREMIAH citado por Lorenzini Correa, Jaime, La Seguridad Jurídica dentro de una concepción espiritualista, Edit. Memoria, 1958, pág. 17

no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación”³²

Para Alterini *“Se dice que una situación de hecho es jurídico cuando está regido por el Derecho, como disciplina regulatoria de la convivencia humana. Por lo tanto, cuando la seguridad resulta del Derecho hay Seguridad jurídica.”*³³

En términos generales, *“hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que solo se aplican a conductas posteriores, y no previas, a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultad para hacerlo. Todo ello permite calcular razonablemente las consecuencias de Derecho que tendrá en el futuro lo que se hace hoy.”*³⁴

Lo contrario de la seguridad jurídica es la inseguridad, que trae consigo profundos disvalores. Lo inseguro genera sensaciones por lo común angustiantes de incertidumbre, de intranquilidad, y de falta de protección.

Para Zaffaroni *“la Seguridad jurídica es un concepto muy complejo. El efectivo aseguramiento de los bienes jurídicos es su aspecto objetivo, pero para la seguridad jurídica no basta con que se pueda disponer efectivamente, sino que también se requiere tener la certeza de esa posibilidad de disposición, lo que configura el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, o sea, el sentimiento de seguridad jurídica, certeza de posibilidad de disposición o de sentimiento de seguridad jurídica”*³⁵.

³² DELOS JOSEPH, T. Los fines del Derecho Penal: Bien común, Seguridad jurídica, justicia, Edit. Universidad Autónoma de México, México – Distrito Federal, Pág. 137, 1967

³³ ALTERINI, ATILIO ANIBAL, La inseguridad jurídica, Edit. Abeledo Perrot, Bs. Aires – Argentina, 1993, Pág. 19.

³⁴ IBIDEM

³⁵ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Manual de Derecho Penal, Edit. Cardenas, 6º Edición, Bs. Aires, 1991, Pág. 49

El delito para este autor lesiona en dos sentidos la seguridad jurídica: como afectación de bienes jurídicos, lesiona el aspecto objetivo y como alarma social lesiona su aspecto subjetivo

El derecho tiene por objeto proveer la seguridad jurídica, es instrumento que posibilita la existencia humana, porque siendo el hombre un ser gregario tenemos que hablar de la búsqueda de una coexistencia, de existir con otro que también existe, evitando una guerra entre todos, previendo la conducta de cada componente de la sociedad, asegurando que se abstengan de conductas que afecten entes que se consideren necesarios para el hombre, estos entes son los bienes jurídicos como forma de asegurar la coexistencia.

I.7. Bien Jurídico y bien Jurídico penal como límite del ius puniendi.

Entre los límites que hoy suelen imponerse al *ius puniendi* del Estado, ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos.

El Derecho penal solamente es admisible partiendo de la premisa de que se recurrirá a sus normas sólo cuando no existan sistemas punitivos menos lesivos, y por tanto debe ser efectivamente necesario (última ratio), esta necesidad la determina la protección de bienes jurídico penales.

Debemos por ello tener bien presente y analizar que bienes jurídicos merecen la denominación de penales y son consiguientemente susceptibles

de amparo por parte del Derecho penal. Para ello debemos primero detenernos en lo que define el término de bien jurídico.

I.7.1. Bien jurídico.

A lo largo de la evolución de la disciplina se han ido distinguiendo diversos conceptos de lo que representa el bien jurídico.

El concepto dogmático de bien jurídico, acuñado por Birnbaum a mediados del S. XIX, “*se refiere a los bienes que son efectivamente protegidos por el Derecho. Esta concepción es demasiado abstracta y por ello no cumple con la función delimitadora del *ius puniendi**”³⁶

Según Von Liszt, y bajo una concepción material del bien jurídico, su origen reside en el interés de la vida existente antes del Derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el Derecho.³⁷

El concepto político criminal del bien jurídico trata de distinguir el bien jurídico de los valores morales, o sea trata de plasmar la escisión entre Moral y Derecho, que si bien a veces pueden coincidir en determinados aspectos, no deben ser confundidas en ningún caso. *Esta concepción del bien jurídico es obviamente fruto de un Estado Social y Democrático de Derecho, y dada su vertiente social, requiere una ulterior concreción de la esfera de actuación del Derecho penal a la hora de tutelar intereses difusos.*³⁸

³⁶ www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm

³⁷ VON LISZT, FRANZ, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Ed. Reus, Traducción alemana por Luís Jiménez de Asúa, Madrid – España, 1968, Pág. 238

³⁸ www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm

El Derecho penal tiene su razón de ser en un Estado Democrático de derecho porque es el sistema que garantiza la protección de la sociedad a través de la tutela de sus bienes jurídicos en su calidad de intereses muy importantes para el sistema social y por ello protegibles por el Derecho penal.

Pero como ya hemos mencionado hay bienes jurídicos que no son amparados por el Derecho penal por ser intereses sólo morales y por ello sabemos que no todos los bienes jurídicos son bienes jurídico penales y debemos distinguirlos.

I.7.2. Bienes jurídico penales.

Un Estado democrático de Derecho debe amparar sólo las condiciones de la vida social, en la medida en que éstas perturben las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social.

Por tanto los bienes jurídicos serán jurídico penales sólo si revisten una importancia fundamental, o sea cuando las condiciones sociales a proteger sirvan de base a la posibilidad de participación de los individuos en la sociedad. En un Estado democrático de derecho cabe destacar la importancia de la participación de los individuos de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad individual por parte de los demás.

I.7.3. Requisitos para que un bien jurídico sea también penal en sentido político criminal.

Ante todo es necesario que el bien jurídico a amparar revista la suficiente importancia social determinada por la proporcionalidad directa

respecto a la gravedad de las consecuencias del Derecho penal. El Derecho penal no debe ser visto, ni ser por tanto un mero instrumento sancionador ya que se exige que el bien jurídico merecedor de tutela jurídica penal sea fundamental para la vida social.

Hay criterios que sirven para determinar la importancia social del bien objeto a examen como son su reconocimiento constitucional, aunque este criterio es limitado dado que, entre otras razones, el reconocimiento de los bienes y derechos recogidos en la Constitución está dirigido principalmente a controlar la actuación de los poderes públicos y no de los demás ciudadanos a excepción de algunos derechos fundamentales como al la vida, salud, etc.

Otro criterio que nos sirve para determinar el impacto social del bien que podría ser jurídico penal se basa en la comparación con los bienes jurídico penales que representan el núcleo del Derecho Penal (suelen ser los que afectan al individuo).

Como ya hemos mencionado anteriormente, los intereses colectivos son importantes en función del daño que causaría su lesión a los individuos, y por tanto en la medida que repercutan a cada persona afectada en concreto. Es un signo distintivo de que vivimos en un Estado democrático y no en un Estado autoritario donde la importancia de los intereses colectivos residiría en el impacto que su lesión provocaría para el sistema social en su conjunto y no respecto a cada individuo. Es requisito importante para determinar el grado de afectación del bien el concretar los daños y perjuicios y no mantenerse en la abstracción.

Otra característica esencial de los bienes jurídico penales es la necesidad de protección de los mismos, o sea que a través de otros medios de defensa que requirieran menos intervención y por tanto fueran menos lesivos no se logre amparar satisfactoriamente el bien.

Cabe preguntarse si es realmente necesario que los ataques sancionables produzcan resultados lesivos al bien jurídico penal o basta con el mero hecho de que lo pongan en peligro, debido a las dudas razonables que quedan tras analizar el principio de exclusiva protección de bienes jurídico penales como límite del *Ius puniendi* debemos reconocer que en un Estado Democrático de Derecho también se recurrirá a los principios de humanidad, resocialización y proporcionalidad.

1.8. Derechos Fundamentales.

Los derechos constitucionales, denominados también derechos fundamentales y garantías individuales, *“son aquellos derechos humanos positivados en las constituciones estatales. Constituyen derechos subjetivos identificados y reconocidos por la Constitución y en la medida que de ese reconocimiento deriva alguna consecuencia jurídica. Tales derechos atribuyen a sus titulares un haz de facultades que pueden actualizar ante las posibles vulneraciones o restricciones que se produzca en la actuación de los poderes públicos o incluso de los particulares”*³⁹

Es decir, son aquellos derechos que dentro del ordenamiento jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías de tutela y reforma. Es conocido el planteamiento filosófico antropológico de que donde nace una necesidad surge un derecho; éste planteamiento tan lógico aparece por primera vez en obras como "La República" del gran filósofo Platón.

Ciertos derechos son fundamentales porque corresponderían, sin más condiciones, a toda persona; porque se afirmarían y garantizarían frente a

³⁹ JUAN RAMOS M. Derechos Humanos Constitución Política del Estado y Textos internacionales, Ed. S.P.C. Impresores S.A. La Paz – Bolivia, Pág. 28, 2005

cualesquiera pretensiones adversas, aunque estuvieran revestidas, incluso, de la forma de ley.

Todo ello está sintetizado y enfatizado por el artículo 6 de la Constitución: “I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera. II. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.”⁴⁰

En este sentido el Estado tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado en los que se encuentra obviamente la vida, la salud, la educación, que son ítemes con prelación en relación con otros destinados a la administración pública, los mismos que tienen que tomarse en cuenta en el momento de establecer la pena para este delito y de dictarse sentencia.

I.9. Estructura de la norma jurídico penal

El examen de toda norma penal pone de manifiesto en ella dos partes o momentos fundamentales que integran su estructura y que, en cierta medida, se derivan de la esencia que se le haya atribuido: *la disposición (que es la parte de la norma jurídico penal en la cual se describe el acto socialmente peligroso que resulta prohibido) y la sanción (que es la parte de la norma jurídico penal en la cual se señala la consecuencia que trae aparejada el incumplimiento de la prohibición).*⁴¹

⁴⁰ ESTADO BOLIVIANO, Constitución Política del Estado: Reformado a: 20 de Febrero de 2004.

⁴¹ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, Derecho Penal (Parte General), 11ª edición, Ed. Temis, Bogotá-Colombia, Pág. 43, 1990.

Sin embargo, no siempre la norma contiene ambas partes (la disposición y la sanción), sino que ella está llamada a desempeñar una función meramente complementadora de otra norma, porque *en algunas ocasiones, para completar la disposición o la sanción, hay que acudir a otras normas penales o a una norma jurídica de carácter extrapenal. Se trata de normas penales incompletas.*⁴²

La norma penal incompleta es aquella que amplía la disposición o la sanción de otra norma que en sí misma es completa. Son normas que si bien no contienen los dos elementos componentes de la estructura de toda norma penal, constituyen verdaderamente reglas relacionadas con el Derecho penal, vinculadas de modo sustantivo con otras normas penales completas.

Por ejemplo, el Art. 252 del Código penal es una norma penal completa, que define y sanciona el delito de Asesinato; sin embargo, cuando se trata de un delito de Asesinato en grado de tentativa es necesario completar esa norma del artículo 252 con la prevista en el artículo 8 (que define la tentativa). Son normas penales incompletas, por ejemplo, las disposiciones relacionadas con las formas de la culpabilidad, con las formas de la participación criminal, con las eximentes de la responsabilidad penal, etc.

I.9.1. Delito.

*La noción formal se basa en los elementos necesarios para la existencia del delito*⁴³ acogiendo la definición dada por Mezger que señala: Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable de donde se deduce que los elementos esenciales son: la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la

⁴² IBIDEM.

⁴³ MIGUEL HARB, BENJAMÍN, Derecho Penal, Parte General , Ed. Juventud, Quinta edición La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 19.

culpabilidad; ya que el Delito es un acto humano que se pone injustificadamente al ordenamiento jurídico que establece los tipos definitivos legalmente y son realizados con dolo o culpa.

Para Zaffaroni es casi un equívoco lingüístico que llevó a reificar categorías de requisitos en forma tal que se hable del delito, cuando toda evidencia no existe, pues onticamente, solo existen conflictos arbitrariamente seleccionados y jurídicamente, solo existe un conjunto heterogéneo de hipótesis conflictivos que con buena voluntad puede llamarse delitos.

Con el Derecho Penal liberal, surge el concepto legal del delito cuyo máximo exponente fue Francisco Carrara⁴⁴ quien señala que la calificación de una conducta como delito, está sujeta a los preceptos de una Ley anterior que lo definen y sancionan, dándole un carácter de ente jurídico al delito y definiéndolo como “la infracción de la Ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y prácticamente dañoso.

Debidos a los constantes cambios que se producen en el ámbito social y jurídico es muy difícil conceptualizar al delito de una manera uniforme habiendo surgido la tendencia de definirlo jurídicamente con una noción formal, considerando como “una conducta que se opone a lo que ley manda con lo que establece que no hay delito si la ley no lo define como tal, aunque la conducta sea social y moralmente reprochable.”

I.9.2. Concepto de Pena.

⁴⁴ CARRARA FRANCESCO, Manual de Derecho Criminal, Parte General, Pág. 11 S.S.

Para Villamor la pena es, un mal para el delincuente, sin el cual no tendría eficacia intimidatoria y ejemplar. Tiene que ser pronunciada por el juez a causa de un delito, lo que afirma el principio de legalidad y la diferencia de las sanciones de carácter administrativo. *“El termino procede del latín **poena**, derivado a su vez del griego **poine** que significa dolor, trabajo, fatiga, sufrimiento y se entronca con es sánscrito **Punya** cuya raíz **pu** quiere decir purificación.”*⁴⁵

Es un mal porque constituye privación o restricción de bienes jurídicos, privación de libertad, privación o restricción de derechos, privación de bienes patrimoniales; que causa una aflicción al que deba cumplirla.

Según Rodríguez Devesa, *“la pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito”*.⁴⁶

Franz Von Liszt, dice *“que la pena es un mal que el Juez penal inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y autor.”*⁴⁷

Para Antón *“la pena es un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal como retribución de la misma y con la finalidad de evitar nuevos delitos”*⁴⁸

Apartándose de la consideración de que la pena es un mal, para Dorado Montero y Roedor exponentes de disposiciones correccionalistas, la

⁴⁵ VILLAMOR LUCIA, FERNANDO, Derecho Penal Boliviano (Parte general), Tomo I, Ed. Inspiración Cards, Segunda Edición, La Paz - Bolivia, 2007, p.297.

⁴⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARIA, Derecho Penal Español, Parte general, Ed. Dykinson, Décima séptima edición, 1996, Pág. 878

⁴⁷ VON LISZT, FRANZ, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Reus, Traducción alemana por Luís Jiménez de Asúa, Madrid – España, 1968, Pág. 197

⁴⁸ J. ANTÓN, ONECA, Derecho Penal, Parte General, Madrid – España, 1949, Pág.477

pena es un bien en el marco de una utópica evolución del modelo de estado, un bien para el delincuente cuya voluntad se reforma.

I.9.3. Clases de Penas.

I.9.2.1. Penas privativas de libertad.

Nuestro Código Penal, incluye entre las penas principales las penas privativas de libertad: El presidio y la reclusión.

Las penas privativas de libertad consisten en obligar al condenado a permanecer por el tiempo que señala el juez, en un establecimiento adecuado, como dice Soler *“una privación ambulatoria, sin perjuicio de otras restricciones que aquel régimen necesariamente importa”*.⁴⁹

Antecedentes.

Estas penas como tales tienen su nacimiento a partir de la creación de recintos penitenciarios como los de San Felipe de Neri; el hospicio de San Miguel de Roma, fundado en 1704 por el Papa Clemente XI. En España han destacado las Casas de galeras que eran destinadas a mujeres.

Pero el siglo XVII destaca la modernización y humanización de las cárceles gracias al impulso modernizador de John Howard. Este inglés centró su atención para el mejoramiento de las prisiones, recorrió varias prisiones de Europa y falleció por un enfermedad contraída en la prisión de Kherson en la Crimea. En su obra, el Estado de las Prisiones, también conocida como geografía del dolor, se refiere al ocio y hacinamiento carcelario que envilece y embrutece; aboga por un trabajo organizado, se

⁴⁹ SOLER, SANTIAGO, Derecho Penal argentino, Tomo II, Edit. Tea, Edición, Bs. Aires - Argentina, 1976, Pág.368

muestra partidario de la separación de los presos diferenciando los dementes y los oligofrénicos. Según Marco del Pont *“lo importante de su tesis es el aislamiento nocturno. Con él nace el penitenciarismo para prisiones mas humanas y el evidente propósito de reformar a los reos”*⁵⁰

Beccaria ahonda mas lo expuesto por Howard y se muestra partidario de la supresión del tormento, considerando que el fin de las penas no es el de atormentar ni de hacer desaparecer el delito cometido, sino de evitar la reincidencia. Destacándose también Jeremías Bentham, creador del estilo arquitectónico Panoptikon (modelo que se usó en la construcción la actual penitenciaría de la ciudad de La Paz), para quien la prisión debería dotar de trabajo organizado al condenado, Fomentándole mediante el patronato de liberados, para que pueda desenvolverse una vez reinserito a la sociedad.

El Código Penal boliviano señala en el Art. 27 la pena de presidio y de reclusión como penas privativas de libertad.

a) Pena de Presidio.

Se aplica a los delitos que revisten mayor gravedad y su duración es de uno a treinta años, sin que pueda sobrepasar ese límite aún cuando exista concurso. Según el Art. 48 del Código Penal boliviano, se cumplirá en una penitenciaría organizada de acuerdo a los principios del sistema progresivo, en el cual el trabajo obligatorio remunerado y la asistencia educativa constituyan medios de readaptación social.

La ley de ejecución penal y Sistemas penitenciarios, señala dentro del sistema progresivo los siguientes grados y periodos:

a) De observación, clasificación y tratamiento del interno.

⁵⁰ DEL PONT, MARCO, Penología y Sistemas Carcelarios, Edit. De Palma, Buenos Aires – Argentina, 1974, Pág.53

- b) De readaptación social en un ambiente de confianza.
- c) De pre libertad
- d) De libertad condicional.

El fin que persigue es principalmente la readaptación social basada en el conocimiento de la personalidad del interno, la acción individual sobre el interno tiene como fin modelar su personalidad y modificar su actitud frente a la sociedad.

b) Pena de reclusión.

También establecida en el Art. 27⁵¹ del Código Penal como pena privativa de libertad, se aplica a los delitos de menor gravedad y es de un mes a ocho años.

Según el Art. 50 se cumplirá, en parte en una sección especial de las penitenciarías, organizada también según el sistema progresivo y en parte en una colonia penal agrícola industrial, previo los informes pertinentes. Al igual que la pena de presidio persigue la readaptación del delincuente además la retribución del daño causado.

Para la aplicación de la pena privativa de libertad el juez debe tener en cuenta lo establecido por el Art. 37 del Código Penal, le compete atendiendo a la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito, tomar conocimiento directo del mayor o menor gravedad del hecho, pueda tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima, de las circunstancias que concurren, y en consecuencia, determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales.

⁵¹ ESTADO BOLIVIANO, Código Penal Boliviano Según Ley N° 1768, Edit. Rivas, 2003.

En el Delito de Malversación la pena privativa de libertad que se aplica según el Código Penal boliviano es de reclusión de un mes a un año y si del hecho resultare daño o entorpecimiento para el servicio público, la sanción será agravada en un tercio, que tratándose de la pena de reclusión sería de un año y cuatro meses.

En cuanto al tratamiento en el cumplimiento de estas penas, la ley de Ejecución Penal y Sistema Penitenciario indica que debe estar caracterizado principalmente por la asistencia social, medica, educativa, moral, religiosa de formación continua y dinámica; por la obligatoriedad del trabajo de acuerdo con las aptitudes del sujeto.

En la actualidad hoy se habla de una crisis de las penas privativas de libertad, porque éstas no cumplen el fin readaptador que busca, se habla de sustituirla por otras mas eficientes como por ejemplo la pena de días multas a propósito Rodríguez Devesa señala *“en la época de las penas largas de prisión y de breve duración de la vida, pudo pasar inadvertido el estado en que el preso abandona los establecimiento penitenciarios, porque, entonces los asilos, los hospitales y la muerte ponían término pronto al problema social del naufragio humano. El argumento del término medio de la vida y el acortamiento de las penas conduce a que se reintegren a la sociedad y permanezcan en ella, durante largo tiempo, elementos criminales activos que se han endurecido con la estancia de prisión, y otros cuya personalidad ha experimentado sus influencias nocivas”*⁵²

I.9.2.2. Penas Pecuniarias.

El Código Penal boliviano establece como pena pecuniaria principal la multa, la reforma de 1997, ha cambiado el texto del Art. 29 del código de

⁵²RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARIA, Derecho Penal Español, Parte general, Ed. Dykinson, Décima séptima edición, 1996, Pág. 904.

1972, en lo siguiente: la multa consiste en el pago de la caja de reparaciones, de una cantidad de dinero que será fijado por el Juez en días multa, en función a la capacidad económica del condenado, sus ingresos diarios, su aptitud par el trabajo y sus cargas familiares, considerados al momento de dictarse la sentencia.

El mínimo será de un día multa y el máximo de quinientos días, las cuotas que el condenado deba pagar no superarán el máximo embargable de su sueldo, si este fuera su única fuente de recursos. El monto máximo total del día multa no podrá sobrepasar de veinticinco salarios mínimos mensuales nacionales. Si el condenado no da información suficiente sobre sus ingresos, patrimonio u otra bases para el calculo de una cuota diaria, entonces, ella podrá evaluarse estimativamente. En la resolución se señalará la cantidad de días multa, monto de la cuota diaria y el plazo de pago.

Esta pena actualmente es considerada como eficaz sustituta de las penas cortas privativas de libertad, ya que se adapta a la retribución porque puede dividírsela cómodamente para asegurar que sea proporcional a la culpabilidad.

Como dice Cury Urzúa, *“no provoca consecuencias colaterales tan destructivas de la personalidad como las otras sanciones punitivas; en especial, no aleja al condenado de su medio familiar, social y laboral, no lo expone al contagio carcelario y no ocasiona a la administración los enormes desembolsos que significan la manutención y vigilancia de reclusos; constituye además, una fuente de ingresos que la colectividad puede destinar, entre otras finalidades, al financiamiento de programas de*

*prevención especial; por ultimo, carece de consecuencias estigmatizante o, en todo caso, las que provoca son muy tenues*⁵³.

Aunque no siempre la aplicación en Bolivia es muy pacífica donde el monto no puede fijarse un monto proporcional dada la desigualdad social que existe en su población. Como indica Rodríguez Devesa, la dificultad estriba en *“la desigualdad en función de la capacidad económica del autor del delito, de tal modo que multas iguales, suponen un grado muy diferente de aflicción si las circunstancias económicas son muy desiguales*⁵⁴.

Conversión.

Esta figura aparece con la reforma del código penal boliviano de 1997, con el siguiente texto: Cuando se imponga conjuntamente la pena de días multa y pena privativa de libertad, no procede la conversión de los días multa en privación de libertad. En los demás casos, la conversión procederá cuando el condenado solvente no pague la multa. Antes de la conversión, el Juez podrá autorizar al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante la prestación de trabajo.

También podrá autorizarlo al pago de la multa por cuotas, fijando el monto y fecha de los pagos, según su condición económica o procurar que satisfaga la multa haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. El pago de la multa en cualquier momento deja sin efecto la conversión, descontándose el tiempo de reclusión que hubiere cumplido el condenado, en la proporción establecida. A los efectos de la conversión y amortización, un día de reclusión equivale a tres días multa y un día de trabajo de cuatro horas equivale a un día multa.

⁵³ CURY URZÚA, ENRIQUE, Derecho Penal, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, Tomo II, Santiago de Chile, 1992, Pág.375

⁵⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARIA, Derecho Penal Español, Parte general, Ed. Dykinson, Décima séptima edición, 1996, Pág. 923.

De la lectura de los artículos 39 y 40 se puede ver que existe una incongruencia entre lo reformado el año 1997 y la Ley 1602 de 15 de diciembre de 1994 que establece que todo condenado en proceso penal cumplida su pena, será puesto en inmediata libertad, no obstante de estar pendiente el resarcimiento del daño civil y las costas del proceso. Estas responsabilidades podrán hacerse efectivas únicamente sobre el patrimonio establecido por ley. No han tomado en cuenta que la multa es una deuda al Estado, y la ley 1602, establece la abolición de prisión y apremio corporal por obligaciones patrimoniales.

I.9.2.3. Inhabilitación Especial.

La reforma de 1997, ha derogado la inhabilitación absoluta, en la actualidad el Código Penal solo sanciona con la inhabilitación especial en su Art. 36⁵⁵, existiendo una incoherencia, en la primera parte señala que se impondrá inhabilitación de 6 meses a 10 años, después del cumplimiento de la pena principal, sin embargo posteriormente cuando señala los sujetos de esta pena, afirma que es inherente al tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Tanto la pena de inhabilitación absoluta como la especial, han sido inspiradas en la legislación Soviética de 1958 y de la legislación española.

I.9.4. Justificación de la Pena.

Es evidente que la pena se justifica por su necesidad, una sociedad que renuncie al poder punitivo abandonaría a su suerte a sus miembros,

⁵⁵ESTADO BOLIVIANO, Código Penal Boliviano Según Ley N° 1768, Ed. Rivas, 2003.

imposibilitando el aseguramiento de la coexistencia de los miembros de dicha sociedad.

La cuestión a relativa a la justificación del derecho penal ha ocupado a la filosofía, la teoría del Estado y la ciencia penal a lo largo de toda la historia, tiempo en los cuales el poder sancionador estatal intentó concientemente mantener su *ius puniendi* dentro de los límites establecidos por el respeto a la dignidad humana, La historia de las teorías penales en una historia universal del derecho penal.

En síntesis, a lo largo de la historia la pena se ha justificado en base a dos posiciones: la pena sirve para castigar a los culpables; y la pena se fundamenta en la necesidad de prevenir el delito.

Existen tres teorías que se han formulado sobre el fundamento y en que radica la necesidad de la pena:

I.9.4.1. La Teoría Absoluta de la Pena.

Estas teorías no son teorías de los fines de la pena, para estas teorías la pena se aplica como consecuencia del delito, un fin por sí misma y no medio para cualquier otro fin. *Absoluta* porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, que ilícitamente convierta al hombre en un *medio* instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para Binding como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden.

Para la concepción retribucionista Kantiana, la pena es el resultado que se impone cada vez cuando se comete un delito. Es la retribución que siempre debe accionar, y debe ser equivalente al daño causado por delito. En su opinión el castigo no debe ser fundado en razones de utilidad social porque el hombre es “fin en si mismo” y no un instrumento en beneficio de la sociedad.

Para estas teorías, según Maurach *“la pena es una compensación, sea como reparación o como retribución, mas las penas se agotan en tales funciones. El hecho que estas penas puedan estar en condiciones de alcanzar ciertos fines, en cuanto efectos reflejos o secundarios; por ejemplo la resocialización o la neutralización del delincuente, carece para ellas de interés. Semejantes fines siempre permanecen a la sombra de la compensación, la cual prima sobre todo lo demás”*.⁵⁶

Acordes en lo negativo, no tienen coincidencia absoluta en su fundamentación positiva. En sus formas antiguas remarcan el carácter reparatorio de la pena (teorías de la indemnización ideal, teoría de la curación); empero, en su mayoría reconocen la esencia de la pena en la retribución del hecho culpable del autor, la que constituye un mal no solamente necesario, sino también querido, que recae sobre aquél. Según la concepción que se tenga del delito, la pena es tratada como retribución divina, moral o jurídica.

I.9.4.2. Fin de la Pena.

En contraposición a las teorías absolutas, las relativas son marcadamente teoría finalistas, aunque los fines de la pena son tambien los fines del Derecho Penal, el mantenimiento de la sociedad a traves de la

⁵⁶ MAURACH, REINHART, Derecho Penal, Parte General, Séptima Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1994, Pág. 86.

tutela de los intereses imprescindibles para ese mantenimiento, pero para el Derecho Penal tradicional los fines de la pena son los que siguen.

Al igual que las primeras también reconocen que, por su esencia, la pena es forzosamente un mal. Pero, en cuanto a institución, no se puede limitar a ello, ya que la causación de un mal sin atención a un fin sería un contrasentido. La institución del derecho penal se justifica, solamente, si por medio del anuncio, la inflicción o la causación efectiva de este mal, se persiguen fines ciertos y determinados que sirvan a la prevención del delito.

En este punto se produce la separación de las teorías relativas y absolutas. En efecto, según las primeras, los fines preventivos dominan el derecho penal; en caso de conflicto, el principio retributivo debe ceder entre ellos. Si la resocialización o eliminación del autor solo puede conseguirse en cuanto la pena se aparte, en su tipo y medida, de las directrices determinadas por el principio retributivo, la retribución debe retroceder. *También estas concepciones se apartan considerablemente en su fundamentación. Tradicionalmente se distinguen las siguientes teorías, según sus fines preventivos (sin que ello importe un prejujuamiento con respecto a su rango y su admisibilidad desde un punto de vista del Estado de derecho).*⁵⁷

a) Prevención General (prevención del delito por medio de la acción psíquica sobre la generalidad)

En forma negativa se dirige a disuadir a potenciales delincuentes de la comisión de delitos, aplicando penas en casos comparables, su función positiva tiene como objeto reforzar la fidelidad con el derecho y con ello, la disposición hacia el cumplimiento de las normas jurídicas.

⁵⁷ ZIFFER, PATRICIA S. Lineamientos de la determinación de la pena, Edit. Ad Hoc S.R.L. Buenos Aires – Argentina, Pág. 277.

La prevención general aparece en las tres etapas de realización de la pena: *por intermedio de la amenaza generalizada de la pena: se confía en la fuerza de la advertencia de la conminación penal contenida en la Ley, la que debería paralizar eventuales impulsos delictivos, mediante el dictado de la sentencia; intimidación generalizada por medio de la reprobación del autor, contenida en la sentencia; por medio de la ejecución de la pena, intimidación del medio en virtud del sufrimiento del delincuente, con respecto al cual había fracasado el efecto preventivo general de la ley.*⁵⁸

b) Prevención especial.

Según esta teoría, la pena tiene el fin de impedir que el infractor continúe haciendo daño y por otra parte tiende a su corrección. El tema se sustenta en tres teorías, la primera, Corrigiendo al corregible: resocialización; la segunda Intimidando al intimidable y la tercera haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidable, la inocuización, es decir, que un tipo de intervención sobre el delincuente impedirá que éste cometa nuevas infracciones.

A este respecto Zaffaroni dice “*se trata de una imposibilidad estructural que no resuelve el abanico de ideologías: resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reindividualización, reincorporación. Estas ideologías se hallan tan deslegitimadas frente a los datos de ciencia social, que se esgrime como argumento en su favor la necesidad de sostenerlas para no caer en un retribucionismo irracional, que legitime la conversión de las cárceles en campos de concentración*”.⁵⁹

I.9.4.3. Opiniones intermediadoras y de combinación.

⁵⁸ IBIDEM.

⁵⁹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Derecho Penal, Parte general, Edit. Ediar, Buenos – Aires, 2000, Pág. 60

Para Zaffaroni *“las teorías intermediadoras o de “unificación” se contemplan tradicionalmente aquellas concepciones que pretenden encontrar una compensación entre las teorías absolutas y relativas, sobre la base de puntos de vista de justicia y criterios finalistas.”*⁶⁰

Comúnmente las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución.

Las que sostienen que fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

El Código Penal Boliviano en su Art. 25⁶¹ se circunscribe a esta última teoría cuando señala como fines la enmienda, readaptación social del delincuente y el cumplimiento de las funciones preventivas general y especial, siendo esta una teoría flexible, pues permite no dejar de lado ninguno de los fines que se pretende lograr a través de la pena, además que

⁶⁰ IBIDEM.

⁶¹ ESTADO BOLIVIANO, Código Penal Boliviano Según Ley N° 1768, Ed. Rivas, 2003.

la discusión doctrinaria entre las diferentes teorías difícilmente pueden excluir totalmente unas a otras como finalidades a realizar a través de la pena, logrando una coexistencia entre las diferentes teorías actuales y las que podrían aparecer en el futuro.

I.10. La determinación o individualización de la pena.

I.10.1. Concepto.

Se han dado diversas definiciones respecto de este tema, Jeschek define la determinación de la pena ó individualización de la pena como la fijación de las consecuencias jurídicas del delito, que comprende tanto la elección de la sanción y, en su caso la resolución respecto de la suspensión condicional de una pena o medida de seguridad⁶².

Mir Puig la define a su vez como la fijación de la pena que corresponde al delito, refiriendo que esto además afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale, sosteniendo además que en un sentido amplio la determinación de la pena incluye a su vez la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o por medidas de seguridad⁶³.

Si entendemos, tal cual es el criterio de Creus, a la individualización de la pena como: el procedimiento por medio del cual la pena abstractamente determinada por la ley, se adecua al delito cometido por el

⁶² JESCHECK, HANS-HEINRICH, "Tratado de Derecho Penal – Parte General". Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada-España, Pág. 301, 2002.

⁶³ MIR PUIG, SANTIAGO, "Derecho Penal Parte General" 7ª Edición. Editorial B de F Montevideo –Uruguay, Pág, 2004.

concreto autor;⁶⁴ es posible advertir en dicho proceso diferentes fases, a saber:

1) Determinación Legal, cuando el legislador señala la pena o medida conforme al delito, de un modo general y abstracto. Aquí se toma en cuenta las especificaciones del tipo y las pautas de la Parte General del Código Penal.

2) Determinación Judicial, Cuando la determinación de la pena la realiza el juez en su sentencia. Se delega así en el juez el grado de precisión que el legislador no pudo darle, pues depende de las circunstancias concretas de cada individuo y su caso.

3) Determinación Ejecutiva (o Administrativa), cuando la pena se va adecuando a la persona del condenado mediante la ejecución de la misma, en procura de su fin preventivo especial. Comprende así a todas aquellas medidas relativas al tratamiento penitenciario.

I.10.2. Determinación o individualización legal de la pena.

Como en este trabajo de investigación trata la desproporción de la pena del delito de Malversación nos interesa adentrar en la individualización o determinación legal de la pena.

La Individualización legal de la pena: corresponde al legislador, es la fase que consiste en el establecimiento del marco penal genérico (pena señalada por la ley) que corresponde a cada ilícito penal en el que prevalecen criterios de prevención general y proporcionalidad. Debemos

⁶⁴ CREUS, CARLOS, *"Derecho Penal – Parte General"*, Ed. Astrea, Buenos Aires – Argentina, Pág. 403 , 1988,

tener presente que el Código Penal parte para la determinación de la pena de un marco penal para cada uno de los delitos y faltas, las cuales están previstas en su Parte Especial, así como cuando se presente grados de complicidad o tentativa, lo cual se rige por reglas establecidas en su Parte General, para posteriormente proceder a fijar la extensión en que debe imponerse la pena, según las circunstancias modificativas que pueden o no concurrir. Tenemos además reglas establecidas para el delito continuado, para el concurso de delitos, entre otros. Es importante señalar que sólo en el marco que la individualización legal de la pena permite, es posible tratar la fase de la individualización judicial.

I.11. Principio de proporcionalidad.

La formulación inicial del principio de proporcionalidad se encuentra en el ámbito del derecho penal, en el que prontamente adquirió relevancia, de forma particular, en relación con la determinación de la pena. Ya Beccaria hizo referencia a la proporcionalidad en el orden punitivo de su obra de los delitos y las penas, en la que propugnaba que la pena proporcional al delito era la única pena útil, para no lesionar la justicia y el mismo contrato social. Igualmente se reconoce este principio en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879, que proclama que la ley no debía establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias.

Para Carrara⁶⁵ las reglas que derivan de ciertos principios en relación con el método de encontrar la proporción entre la pena y el delito son las siguientes:

⁶⁵ CARRARA FRANCESCO, Manual de Derecho Criminal, Parte General, Pág. 147 S.S.

1) Al adaptar la escala de las penas a la escala de los delitos, ordenadas según su cantidad respectiva, debe procederse en sentido descendente, es decir comenzando por los delitos más graves, para contraponerles las penas más graves, e ir pasando así de grado en grado a las aplicaciones inferiores.

2) Al elegir la calidad del mal que ha de infringírsele al reo, hay que tratar de obrar, en lo posible sobre la pasión que lo impulsó al delito, con el fin de privarlo del bien que con su mismo delito ha mostrado apetecer mayormente.

3) Esta difícilísima operación debe guiarse siempre por el puro criterio de la cantidad del delito, sin dejarse influir de ninguna manera por la dificultad de probar ciertos delitos.

4) Tampoco debe aceptarse el principio jurídico de que la pena tiene que aumentar a causa de la frecuencia accidental de algunos hechos criminosos.

5) Mucho menos puede aceptarse como criterio de la cantidad de las penas, la mira de impedir otros delitos distintos, especialmente la venganza de las víctimas.

Para Villamor “en materia sancionatoria el principio de proporcionalidad tiene importancia singular en la medida en que se exige que entre la sanción y la conducta realizada, exista una relación de proporción. Relación que resultará decisiva a la hora de considerar restricciones graves a los derechos fundamentales, como el libre tránsito.”⁶⁶

⁶⁶ VILLAMOR LUCIA, FERNANDO, Derecho Penal Boliviano (Parte general), Tomo I, Ed. Inspiración Cards, Segunda Edición, La Paz - Bolivia, 2007, p.206.

A este respecto Zaffaroni dice “Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo. *“Simplemente se afirma que, dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidad, para impedir el paso de las de mayor contenido, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado”*⁶⁷

El principio de proporcionalidad de la pena exige que exista proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; que las penas sean proporcionadas a la entidad del delito cometido⁶⁸. Esa proporcionalidad debe darse tanto en abstracto como en concreto, es decir, tanto en la relación entre la gravedad del delito y la pena con la que de forma general se conmina en la ley (proporcionalidad abstracta) como en la relación entre la pena exacta impuesta al autor y la gravedad del hecho concreto cometido (proporcionalidad concreta).

La exigencia de proporcionalidad abstracta va dirigida al legislador a la hora de fijar los marcos penales, la de proporcionalidad concreta al juez cuando impone una pena al responsable criminal de un hecho concreto.

En este estudio no vamos a referir a la primera, a la proporcionalidad abstracta, que es la que afecta a la fijación por el legislador de los marcos penales (fase de determinación legal de la pena) y no la cuestión de la proporcionalidad de la pena en el momento de su individualización, que es llevada por los tribunales dentro del marco legal (fase de individualización judicial).

⁶⁷ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Derecho Penal (Parte General), Segunda Edición, Edit. Ediar, Buenos Aires – Argentina, Pág. 123.

⁶⁸ AGUADO CORREA TERESA, El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Madrid-España, Pág. 63, 1999

Para poder valorar si una norma penal satisface efectivamente en ese equilibrio o si se vulnera el principio de proporcionalidad se hace imprescindible establecer una serie de criterios o de directrices que debe respetar el legislador, porque de lo contrario, el principio proporcionalidad quedaría en una formula vacía. Esos criterios o directrices no han sido expuestos sistemáticamente ni de un modo cerrado.

Precisamente uno de los puntos débiles que la doctrina ha señalado en relación con el principio de proporcionalidad es la ausencia de una teoría general y sistemática. No obstante Ramos Tapia señala algunos de los criterios que, a raíz de la valoración de concretos preceptos penales, se han ido admitiendo por la doctrina y la jurisprudencia constitucional.⁶⁹

a) La importancia del bien jurídico.

Como ya hemos señalado, una de las garantías del Derecho Penal moderno es el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el Derecho penal solo debe intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos, es decir, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado democrático de Derecho, frente a conductas que lesionan o suponen un peligro para esos bienes jurídicos⁷⁰

Dentro de los bienes jurídicos protegidos penalmente existe una jerarquía de importancia. Así es evidente que el bien jurídico vida, salud, educación son más importante que el bien jurídico fe pública o que el bien jurídico integridad personal es más importante que el de la propiedad.

⁶⁹RAMOS TAPIA, M^a INMACULADA, JAN WOISCHNIK, Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales (Especial consideración del principio de proporcionalidad), Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México – México, Pág.16, 2001.

⁷⁰ MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal (Parte General), 2^o Edición, Barcelona-España, Pág. 91ss, 1998.

Por ello, el primer criterio que se puede apuntar en el juicio sobre la proporcionalidad entre sanción y delito es el de la importancia del bien jurídico: las penas más graves han de reservarse para aquellos tipos a través de los cuales se pretende proteger los bienes jurídicos más importantes. Si desde el punto de vista del bien jurídico protegido atacado por el delito, un delito se considera mas grave que otro y sin embargo, se sancionan con la misma pena o el que se considera mas grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad.

b) El grado de afección al bien jurídico

Otro factor que el legislador debe tener en cuenta a la hora de fijar la pena es el grado de afección al bien jurídico protegido, es decir, la gravedad del ataque. Así por ejemplo, en el delito de lesiones debe castigar de forma mas grave las conductas que más daño hacen a la integridad física: no es lo mismo una lesión que requiera únicamente una intervención quirúrgica para su curación que la que conlleva la pérdida de un ojo o de otro órgano principal.

En este sentido en el delito de Malversación también se tiene que tomar en cuenta este grado de afección, se afecta mucho mas al bien jurídico cuando se malversa dinero destinado a salud, educación, defensa nacional, desastres naturales, que cuando se malversa dinero de otros ítemes.

c) La forma subjetiva de ataque al bien jurídico.

Otro factor que influye en la gravedad de la conducta y por tanto, en la proporcionalidad de la sanción es el elemento subjetivo con que se realiza el hecho delictivo: el dato de que el hecho haya sido cometido dolosa o imprudentemente habrá de ser tenido en cuenta a la hora de fijar la pena.

Por lo general no se puede imponer la misma pena a la comisión dolosa y a la comisión imprudente de un mismo hecho porque el comportamiento doloso contiene un mayor desvalor ético social. Así por ejemplo, un ataque doloso a la vida se sanciona mucho más severamente que una muerte causada por imprudencia.

En el delito de Malversación el funcionario público conoce de antemano el destino de los caudales que administra, percibe o custodia; por ende existe voluntad y conocimiento en la realización del hecho delictivo.

d) La comparación con supuestos análogos

Si la pena prevista para un determinado tipo penal se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida por el legislador para supuestos análogos, puede afirmarse que la norma es arbitraria y que socava los principios de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al estado de Derecho o por lo contrario la Seguridad Jurídica.

Aplicando esto al delito de Malversación se tiene que el art. 297 (Atentado contra la libertad de enseñanza) del C.P. sanciona con mayor pena, reclusión de 6 meses a 3 años y multa de 30 a 100 días, cuando se atenta contra la educación

Al igual que el art. 216 (Delitos contra la salud pública) inciso 9 sanciona con pena de 1 a 10 años, a quien realizare cualquier otro acto que de una u otra manera afecte la salud de la población.

e) La trascendencia social del hecho

Otro de los criterios que, debe tener el legislador en al determinación de la pena es al trascendencia social del hecho o lo que también se denomina la dañosidad social objetiva de la conducta. La significación social de un hecho en un momento dado debe reflejarse en la pena. Por ejemplo, si existe una gran conciencia social sobre la necesidad de preservar el medio ambiente, estaría justificada la agravación por el legislador de las penas previstas para los delitos contra el medio ambiente. El legislador debe entender que la normativa sancionadora no puede ser ajena al momento histórico actual.

En este sentido el gobierno ha adoptado como política de gobierno el programa cero tolerancia a la corrupción, entendiendo que como el suyo es un proceso de cambio se debe luchar en ese sentido y dejar de lado las viejas formas de manejar la política en Bolivia.

I.12. Delitos de Cuello Blanco.

Edwin H. Sutherland concentró sus esfuerzos teóricos en encontrar una explicación al fenómeno de la criminalidad de las clases superiores, denominado "Delito de cuello blanco" y modificar la noción de que la delincuencia era sólo perteneciente a la clase baja. Si bien se atribuye a este autor el mérito de profundizar en los aspectos criminológicos, no podemos decir que innovó en cuanto al campo de estudio; es decir relacionar a las clases superiores con la actividad delictiva.

Uno de sus antecesores fue Morris, quién en 1934 focalizó sus investigaciones en quienes a causa de su posición social, su inteligencia y técnica para el crimen están en condiciones de moverse entre los demás ciudadanos virtualmente inmunes a toda consideración o condena. A este grupo lo denominó "Críminals of uppenworld" La influencia más destacada fue la de Veblen, quien desarrolló "la teoría de la clase ociosa", en la que se

establecía una relación profunda entre el prototipo del capitalista, hombre adinerado y el delincuente ideal, toda vez que ambos se valían de métodos eficaces pero no legítimos para obtener el resultado esperado. Se diferenciaban en que el primero de ellos se arriesgaba menos porque se mantenía más alejado del conflicto legal.

Este autor se caracterizó por mantener un discurso anticapitalista centrado en la cuestión social. Asimismo otros estudiosos hicieron su aporte original al tema, entre los que contamos con Wright Mills quien utilizó el término para denominar a la clase media, también Pietro Paradiso entre otros, hay que reconocer que estos trabajos no profundizaron sobre el tema de la criminalidad.

I.14.1. Concepto.

Este concepto fue ideado y presentado por Sutherland en la reunión anual organizada por la American Sociological Society que tuvo lugar en Filadelfia, en diciembre de 1939. *“Se entiende por delito de cuello blanco a aquellos ilícitos penales cometidos por sujetos de elevada condición social en el curso o en relación con su actividad profesional.”*⁷¹

El objeto de estudio seleccionado causó en su tiempo un impacto revolucionario pues permitió vislumbrar claramente las falencias o contradicciones intrínsecas al sistema penal. Obligó a afrontar ciertos problemas de fondo de la criminología como lo es la real distribución de la conducta desviada entre las distintas capas sociales, y la consecuente ruptura con la ficción que consideraba al delito como patrimonio exclusivo de las "lower class", el convencimiento acerca de la existencia de una "cifra

⁷¹ MOLINA FERNANDO HORACIO, Delitos de Cuello blanco en la Argentina, Ed. Desalma, Pág. 15, 1989

negra" de la delincuencia y de que la ley penal se aplicaba diferenciada y selectivamente.

En este sentido hay una gama de delitos propios cometidos por personas que ocupan determinados cargos o funciones públicas, en quienes el Estado ha depositado la confianza en el buen manejo de sus negocios. Estos sujetos abusando del cargo se apropian de los dineros públicos (peculado), o les dan un destino no autorizado (malversación), o dolosamente permiten un dispendio en el manejo de los dineros públicos que ocasiona un faltante en el momento de la redención de cuentas (desfalco), constituyendo el delito de Malversación en ese sentido delito de cuello blanco

CAPITULO II

Análisis de las disposiciones legales bolivianas relacionadas con la Malversación.

II.1. Constitución Política del Estado.

Siendo un Bolivia un país que adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, en la Constitución Política del Estado en el Art. 4⁷² refiere al gobierno y la deliberación, delegado por el pueblo a sus representantes.

El Art. 7⁷³ de la Constitución señala los derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, entre los cuales se

⁷² **Artículo 4.**

I. El pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y mediante la Asamblea Constituyente, la iniciativa Legislativa Ciudadana y el Referéndum, establecidos por esta Constitución y normados por Ley.

⁷³ **Artículo 7.** Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

- a) A la vida, la salud y la seguridad;
- b) A emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión;
- c) A reunirse y asociarse para fines lícitos;
- d) A trabajar y dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo;
- e) A recibir instrucción y adquirir cultura;
- f) A enseñar bajo la vigilancia del Estado;
- g) A ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional;
- h) A formular peticiones individual y colectivamente;
- i) A la propiedad privada, individual y colectivamente, siempre que cumpla una función social;
- j) A una remuneración justa por su trabajo que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano;

encuentra los derechos a la vida, salud, educación que el delito de malversación evita que el Estado tutele eficientemente, este artículo es concordante con el Art. 158⁷⁴ de la misma Constitución que establece que el Estado tiene la obligación de defender el capital humano, protegiendo la salud de la población y con el Art. 177⁷⁵ que señala que la educación es una de las mas altas funciones del Estado y que se garantiza la libertad de enseñanza tutelada por el Estado.

El Art. 40⁷⁶ se refiere a la ciudadanía consistente en el concurso como elector o elegible a la formación de los poderes públicos y el derecho que tiene el ciudadano boliviano a ejercer la función publica.

En el Art. 43⁷⁷ señala que una Ley especial establecerá el Estatuto del funcionario públicos sobre el principio de que los funcionarios públicos son servidores exclusivos de los intereses de la colectividad.

El Art. 44⁷⁸ también se refiere al mismo Estatuto del funcionario publico, que el mismo establecerá los derechos y deberes de los funcionarios

k) A la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las leyes.

⁷⁴ **Artículo 158.**

I. El Estado tiene la obligación de defender el capital humano protegiendo la salud de la población; asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas; propenderá asimismo al mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar.

II. Los regímenes de seguridad social se inspirarán en los principios de universalidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad y eficacia, cubriendo las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos profesionales, invalidez, vejez, muerte, paro forzoso, asignaciones familiares y vivienda de interés social.

⁷⁵ **Artículo 177.**

I. La educación es la más alta función del Estado, y, en ejercicio de esta función, deberá fomentar la cultura del pueblo.

II. Se garantiza la libertad de enseñanza bajo la tuición del Estado.

⁷⁶ **Artículo 40.** La ciudadanía consiste:

1º. En concurrir como elector o elegible a la formación o al ejercicio de los poderes públicos.

2º. En el derecho a ejercer funciones públicas, sin otro requisito que la idoneidad, salvo las excepciones establecidas por Ley.

⁷⁷ **Artículo 43.** Una Ley especial establecerá el Estatuto del Funcionario Público sobre la base del 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.

⁷⁸ **Artículo 44.** El Estatuto del Funcionario Público establecerá los derechos y deberes de los funcionarios y empleados de la Administración y contendrá las disposiciones que garanticen la carrera administrativa, así como la dignidad y eficacia de la función pública.

y la garantía que tiene el funcionario publico para cursar una carrera administrativa. El Art. 45⁷⁹ señala la declaración expresa y especifica de los bienes o rentas que el funcionario público tuviere, esto se hará al momento de tomar posesión y que serán verificados de forma establecida por Ley.

El Art. 144⁸⁰ de la Constitución indica que el Estado regulará periódicamente el plan general del desarrollo económico y social de la República, este Artículo es en el que se basa la Ley del presupuesto general de la nación.

El Art. 146⁸¹ divide el tipo de rentas en nacionales, departamentales y municipales y de su inversión independiente por los tesoros conforme a sus presupuestos, también especifica que el poder ejecutivo determinará las normas de elaboración y presentación de los proyectos de presupuestos en todo el sector publico.

El Art. 147⁸² establece que el poder ejecutivo dentro de las 30 primeras sesiones presentará a legislativo los proyectos de Ley de los

⁷⁹ **Artículo 45.** Todo funcionario público, civil, militar o eclesiástico está obligado, antes de tomar posesión de un cargo público, a declarar expresa y específicamente los bienes o rentas que tuviere, que serán verificados en la forma que determine la Ley.

⁸⁰ **Artículo 144º.**

- I. La programación del desarrollo económico del país se realizará en ejercicio y procura de la soberanía nacional. El Estado formulará periódicamente el plan general de desarrollo económico y social de la República, cuya ejecución será obligatoria. Este planeamiento comprenderá los sectores estatal, mixto y privado de la economía nacional.
- II. La iniciativa privada recibirá el estímulo y la cooperación del Estado cuando contribuya al mejoramiento de la economía nacional.

⁸¹ **Artículo 146º.**

- I. Las rentas del Estado se dividen en nacionales, departamentales y municipales, y se invertirán independientemente por sus tesoros conforme a sus respectivos presupuestos, y en relación al plan general de desarrollo económico y social del país.
- II. La Ley clasificará los ingresos nacionales, departamentales y municipales.
- III. Los recursos departamentales, municipales, judiciales y universitarios, recaudados por oficinas dependientes del Tesoro Nacional, no serán centralizados en dicho Tesoro.
- IV. El Poder Ejecutivo determinará las normas destinadas a la elaboración y presentación de los proyectos de presupuestos de todo el sector público.

⁸² **Artículo 147º.**

- I. El Poder Ejecutivo presentará al Legislativo, dentro de las treinta primeras sesiones ordinarias, los proyectos de Ley de los presupuestos nacionales y departamentales.

presupuestos nacionales y departamentales, para que sean considerados por el congreso, y que sino se presenta en 60 días, sino son aprobados en ese plazo tendrán fuerza de Ley.

II.2. Estatuto del funcionario público (Ley 2027).

El Art. 2⁸³ se refiere al objeto de del mismo que es regular la relación del Estado con sus servidores públicos, garantizar la carrera administrativa y la promoción de su eficiente desempeño y productividad.

El Art. 3⁸⁴ indica el ámbito de aplicación de dicha norma, que sería todos los servidores públicos que presten servicios en relación de dependencia con cualquier entidad del Estado, al igual que los que presten servicios en las entidades públicas autónomas, autárquicas y descentralizadas.

El Art. 4⁸⁵ da una definición de lo que significa el término Servidor Público estableciendo que es aquella persona individual que presta servicios en relación de dependencia a una entidad sometida al ámbito de aplicación de dicha ley.

II. Recibidos los proyectos de Ley de los presupuestos, deberán ser considerados en Congreso dentro del término de sesenta días.

III. Vencido el plazo indicado, sin que los proyectos hayan sido aprobados, éstos tendrán fuerza de Ley.

⁸³ **Artículo 2. (Objeto)** El presente estatuto en el marco de los preceptos de la Constitución Política del Estado, 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 colectividades el ejercicio de la función pública, así como la promoción de su eficiente desempeño y productividad.

⁸⁴ **Artículo 3. (Ámbito de Aplicación)**

I. El ámbito de aplicación del presente Estatuto abarca a todos los servidores públicos que presten servicios en relación de dependencia con cualquier entidad del Estado, independientemente de la fuente de su remuneración.

II. Igualmente están comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Estatuto los servidores públicos que presten servicios en las entidades públicas autónomas, autárquicas y descentralizadas.

⁸⁵ **Artículo 4. (Servidor Público)** Servidor público es aquella persona individual, que independientemente de su jerarquía y calidad, presta servicios en relación de dependencia a una entidad sometida al ámbito de aplicación de la presente ley. El termino servidor público, para efectos de esta ley, se refiere también a los dignatarios, funcionarios y empleados públicos u otras personas que presten servicios en relación de dependencia con entidades estatales, cualquiera sea la fuente de su remuneración.

II.3. Código Penal

El Art. 144⁸⁶ del Código Penal tipifica el delito de Malversación, en este mismo artículo especifica en que consiste la malversación, dar aplicación distinta a la que estuviera destinado a los caudales que administra, dándole una pena de un año o veinte a doscientos cuarenta días multas, con agravante de un tercio si es que hay entorpecimiento del servicio.

El Art. 148 (Disposición común) señala que las disposiciones, en las cuales se encuentra la Malversación, se aplicarán también a los personeros, funcionarios y empleados de las entidades autónomas, autárquicas, mixtas y descentralizadas, así como a los representantes de establecimientos de beneficencia, de instrucción pública, deportes y otros que administraren o custodiaren los bienes que estuvieren a cargo.

El Art. 165⁸⁷ refiere a términos empleados, funcionario publico para el código es aquel que participa en forma permanente o temporal del ejercicio

⁸⁶ **Artículo 144. (Malversación)** El funcionario Público que diere a los caudales que administre, percibe o custodia, una aplicación distinta a aquella que estuvieran destinados, incurrirá en reclusión de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días.
Si del hecho resultare daño o entorpecimiento para el servicio público, la sanción será agravada en un tercio.

⁸⁷ **Artículo 165. (Significación de términos empleados)** Para los efectos de este Código, se designa con los términos “funcionario público” y “empleado público” al que participa, en forma permanente o temporal, del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento.
Se considera “autoridad” al que por sí mismo o como pertenencia a una institución o tribunal, tuviere mandato o ejerciere jurisdicción propia.
Si el delito hubiere sido cometido durante el ejercicio de la función pública, se aplicarán las disposiciones aun cuando el autor hubiere dejado de ser funcionario.

de funciones publicas, sea por elección o nombramiento, Autoridad es aquel funcionario de una institución o tribunal tiene mandato o jurisdicción propia, también especifica de la aplicación de las disposiciones después de que el funcionario hubiera dejado de serlo.

II.4. Ley de Administración y Control gubernamental 1178 (SAFCO)

En el Art. 1⁸⁸ de la Ley de administración pública señala que para alcanzar los objetivos de la misma regula los sistemas de Administración y Control de los recursos del Estado y su relación con los sistemas nacionales de Planificación e Inversión Pública. Las finalidades de esta Ley son: lograr una administración eficaz y eficiente de los recursos públicos, generar información que muestre transparencia en la gestión pública, lograr que todo servidor público asuma plena responsabilidad por sus actos y desarrollar la capacidad administrativa en el Sector Público.

En el Art. 3⁸⁹ la Ley establece los Sistemas de Administración y Control se aplicarán en todas las entidades del Sector Público, sin excepción

⁸⁸ **Artículo 1.** La presente ley regula los sistemas de Administración y de Control de los recursos del Estado y su relación con los sistemas nacionales de Planificación e Inversión Pública, con el objeto de:

- a) Programar, organizar, ejecutar y controlar la captación y el uso eficaz y eficiente de los recursos públicos para el cumplimiento y ajuste oportuno de las políticas, los programas, la prestación de servicios y los proyectos del Sector Público;
- b) Disponer de información útil, oportuna y confiable asegurando la razonabilidad de los informes y estados financieros;
- c) Lograr que todo servidor público, sin distinción de jerarquía, asuma plena responsabilidad por sus actos rindiendo cuenta no sólo de los objetivos a que se destinaron los recursos públicos que le fueron confiados sino también de la forma y resultado de su aplicación,
- d) Desarrollar la capacidad administrativa para impedir o identificar y comprobar el manejo incorrecto de los recursos del Estado.

⁸⁹ **Artículo 3.** Los sistemas de Administración y de Control se aplicarán en todas las entidades del Sector Público, sin excepción, entendiéndose por tales la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los ministerios, las unidades administrativas de la Contraloría General de la República y de las Cortes Electorales; el Banco Central de Bolivia, las Superintendencias de Bancos y de Seguros, las Corporaciones de Desarrollo y las entidades estatales de intermediación financiera; las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; los gobiernos departamentales, las universidades y las municipalidades; las instituciones, organismos y empresas de los gobiernos nacional, departamental y local, y toda otra persona jurídica donde el Estado tenga la mayoría del patrimonio.

y en toda otra persona jurídica donde el Estado tenga la mayoría del patrimonio.

El Art. 6⁹⁰ explica las funciones del Sistema de Programación de Operaciones, que es la de traducir los objetivos y planes estratégicos de cada entidad concordante con los planes y políticas generados por el Sistema Nacional de Planificación en función del tiempo y espacio incluyendo las operaciones de funcionamiento y de ejecución de preinversión e inversión.

El Art. 8⁹¹ señala que el sistema de presupuestos tiene el objetivo de prever los montos y las fuentes de los recursos financieros de cada gestión anual en función de las prioridades de la política gubernamental y su asignación a los requerimientos monetarios de la programación de operaciones y de la organización administrativa adoptada.

⁹⁰ **Artículo 6.** El Sistema de Programación de Operaciones traducirá los objetivos y planes estratégicos de cada entidad, concordantes con los planes y políticas generados por el Sistema Nacional de Planificación, en resultados concretos a alcanzar en el corto y mediano plazo; en tareas específicas a ejecutar; en procedimientos a emplear y en medios y recursos a utilizar, todo ello en función del tiempo y del espacio. Esta programación será de carácter integral, incluyendo tanto las operaciones de funcionamiento como las de ejecución de preinversión e inversión. El proceso de programación de inversiones deberá corresponder a proyectos compatibilizados con las políticas sectoriales y regionales, de acuerdo con las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública.

⁹¹ **Artículo 8.** El Sistema de Presupuesto preverá, en función de las prioridades de la política gubernamental, los montos y fuentes de los recursos financieros para cada gestión anual y su asignación a los requerimientos monetarios de la Programación de Operaciones y de la Organización Administrativa adoptada. Se sujetará a los siguientes preceptos generales:

- a) Las entidades gubernamentales que cuenten con recursos provenientes de tributación, aportes a la seguridad social y otros aportes, regalías o transferencias de los tesoros del Estado, sujetarán sus gastos totales a la disponibilidad de sus recursos, a las condiciones del financiamiento debidamente contraído y a los límites legales presupuestarios, no pudiendo transferir gastos de inversión a funcionamiento.
- b) Las entidades con autonomía de gestión y de patrimonio cuyos ingresos provengan exclusivamente por venta de bienes o por prestación de servicios, financiarán con tales ingresos sus costos de funcionamiento, el aporte propio del financiamiento para sus inversiones y el servicio de su deuda. Sus presupuestos de gastos son indicativos de sus operaciones de funcionamiento e inversión.
- c) Los presupuestos de gastos del Banco Central y de las entidades públicas de intermediación financiera sometidas al programa monetario del Gobierno y a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos, son indicativos de sus operaciones de funcionamiento y de inversión no financiera.
- d) La ejecución de los presupuestos de gastos de las entidades señaladas en los incisos b) y c) de este artículo, está sujeta, según reglamentación, al cumplimiento de las políticas y normas gubernamentales relacionadas con la naturaleza de sus actividades, incluyendo las referidas a las modificaciones, traspasos y transferencias dentro de sus presupuestos, así como a la disponibilidad de sus ingresos efectivos después de atender y prever el cumplimiento de sus obligaciones, reservas, aumentos de capital, rédito sobre patrimonio neto y otras contribuciones obligatorias. No se permitirá la transferencia de gastos de inversión o excedentes de ingresos presupuestados a gastos de funcionamiento.

El Art. 32⁹² establece que la entidad estatal condenada judicialmente a favor de instituciones públicas o de tercero, repetirá el pago contra la autoridad que resultare responsable de los hechos que motivaron la sanción.

El Art. 33⁹³ de esta Ley es un Artículo del cual las personas que cometen Malversación en la actualidad se respaldan, porque en el mismo señala que están exentos de responsabilidad administrativa, ejecutiva y civil si es que la decisión hubiera sido tomada para mayor beneficio y en resguardo de los bienes de la entidad, dejando solo la sanción penal para los que cometen estos delitos.

El Art. 34⁹⁴ establece que la responsabilidad es penal cuando la acción u omisión está tipificada en el Código Penal Boliviano.

El Art. 35⁹⁵ señala que cuando hayan indicios de responsabilidad civil o penal el servidor público o Auditor trasladará los mismos a la unidad legal pertinente y ésta mediante autoridad legal competente solicitará directamente al Juez pertinente, las medidas precautorias y preparatorias de demanda o denunciará los hechos ante el Ministerio Público

⁹² Artículo La entidad estatal condenada judicialmente al pago de daños y perjuicios a favor de entidades publicas o de terceros, repetirá el pago contra la autoridad que resultare responsable de los actos o hechos que motivaron la sanción.

⁹³ **Artículo 33.** No existirá responsabilidad administrativa, ejecutiva ni civil cuando se pruebe que la decisión hubiese sido tomada en procura de mayor beneficio y en resguardo de los bienes de la entidad, dentro de los riesgos propios de operación y las circunstancias imperantes al momento de la decisión, o cuando situaciones de fuerza mayor originaron la decisión o incidieron en el resultado final de la operación.

⁹⁴ **Artículo 34.** La responsabilidad es penal cuando la acción u omisión del servidor público y de los particulares, se encuentra tipificada en el Código Penal.

⁹⁵ **Artículo 35.** Cuando los actos o hechos examinados presenten indicios de responsabilidad civil o penal, el servidor público o auditor los trasladará a conocimiento de la unidad legal pertinente y ésta mediante la autoridad legal competente solicitará directamente al juez que corresponda, las medidas precautorias y preparatorias de demanda a que hubiere lugar o denunciará los hechos ante el Ministerio Público.

II.5. Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública SAFCO.

El Art. 3⁹⁶ en su inciso I de este Reglamento señala la eficacia, economía, eficiencia, transparencia y licitud con que deben desempeñar sus funciones los funcionarios públicos y las responsabilidades jurídicas que acaecen si hubiese incumplimiento de las mismas. En el inciso II establece ante quien los servidores públicos deben responder en el ejercicio de sus funciones.

El Art. 13 señala que la responsabilidad es administrativa cuando el servidor público contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta de dicho servidor.

El Art. 60⁹⁷ al igual que el 34 de la Ley 1178 establece que la responsabilidad es penal cuando la acción u omisión está tipificada como delito en el Código Penal Boliviano.

El Art. 61⁹⁸ indica que los servidores públicos u otros profesionales contratados que conozcan la comisión de un delito deberán diligente y

⁹⁶ **Artículo 3. (Responsabilidad)**

I. El servidor público tiene el deber de desempeñar sus funciones con eficacia, economía, eficiencia, transparencia y licitud. Su incumplimiento genera responsabilidades jurídicas.

II. Los servidores públicos responderán en el ejercicio de sus funciones:

- a) todos ante sus superiores jerárquicos hasta el máximo ejecutivo, por conducto regular;
- b) los máximos ejecutivos ante los titulares de las entidades que ejercen tuición, hasta la cabeza de sector, en secuencia jerárquica;
- c) los titulares de éstas, según ley, ante el Poder Legislativo, los Concejos municipales o la máxima representación universitaria;
- d) todos ellos ante la sociedad.

⁹⁷ **Artículo 60. (Naturaleza de la responsabilidad penal)** La responsabilidad es penal cuando la acción u omisión del servidor público o de los particulares se encuentra tipificada como delito en el Código Penal.

⁹⁸ **Artículo 61º.- (Indicios de responsabilidad penal)** Los servidores públicos u otros profesionales contratados que identifiquen indicios de haberse cometido un delito, elaborarán con la diligencia y reserva debidas un informe, haciendo conocer este extremo a la unidad legal pertinente. El informe contendrá una relación de los actos u omisiones, acompañando las pruebas o señalando donde pueden ser encontradas.

reservadamente elaborar un informe que darán a conocer a la unidad legal correspondiente, con relación de los actos u omisiones conjuntamente con las pruebas o el lugar donde se encuentran.

El Art. 62⁹⁹ señala que la autoridad competente denunciará sobre la base del informe legal ante el Ministerio Público, o en su caso la querrela y si procede en la constitución en parte civil. También la obligación del máximo ejecutivo y el asesor legal principal de seguir la causa hasta el final.

El Art. 66¹⁰⁰ refiere que el Asesor legal principal de cada entidad debe enviar a la contraloría las acciones judiciales que tienen a su cargo dentro del plazo de 15 días hábiles.

II.6. Ley especial de Juicio de responsabilidades. (2445)

El presidente de la república, el vicepresidente, los ministros de Estado y los prefectos de departamentos, procesalmente tienen un trato privilegiado, puesto que el procedimiento lo regula la ley especial de juicio de responsabilidades. Anteriormente, tanto la parte sustantiva como adjetiva estaban reguladas por la ley de 31 de octubre de 1884 reformada por la Ley de 23 de octubre de 1944. Los delitos por los cuales podían ser juzgados son:

- 1) Traición a la patria.
- 2) Por violación de las garantías individuales.

⁹⁹ **Artículo 62. (Denuncia o querrela)** La autoridad competente denunciará de inmediato los hechos sobre la base del informe legal ante el Ministerio Público o si fuere el caso presentará la querrela respectiva. Si procede se constituirá en parte civil, teniendo tanto el máximo ejecutivo como el asesor legal principal la obligación de proseguir con diligencia la tramitación de la causa hasta su conclusión.

¹⁰⁰ **Artículo 66. (Responsabilidad por informes periódicos)** El asesor legal principal de la entidad pública debe enviar a la Contraloría los informes sobre el estado de las acciones judiciales a cargo de las unidades jurídicas de su entidad, en el término de 15 días hábiles siguientes a las fechas establecidas en el artículo 45º del Reglamento para el ejercicio de las atribuciones de la Contraloría General de la República, aprobado por D. S. 23215 de 22 de julio de 1992.

3) Por malversación de fondos públicos.

Los ministros de Estado, pueden ser juzgados por los siguientes delitos:

1) Traición a la patria.

2) Por infracción del texto expreso de la Constitución y las leyes.

3) Por malversación de fondos públicos.

4) Por hacer más gastos que lo presupuestado.

5) Por soborno o cohecho en los negocios de su cargo o en los nombramientos de los empleados públicos.

6) Por violación de las garantías individuales.

El 13 de marzo de 2003 con el numero 2445, se ha promulgado la ley que regla el juicio de responsabilidades contra altos Dignatarios de Estado. Contiene cinco artículos 2445, se ha promulgado la ley que regula el Juicio de Responsabilidades contra Altos Dignatarios de Estado. Contiene cinco artículos, referentes al ámbito de aplicación de los delitos, el procedimiento, la prescripción y participación y finalmente, disposiciones transitorias. Es una ley abrogatoria de la ley de 31 de octubre de 1884.

Habida cuenta de que el comentario es referente solo a los tipos penales y no al procedimiento, es preciso que se establezca la naturaleza jurídica de un juicio de responsabilidades que tiene dos aristas: una política y otra penal. El juicio de político tiene sus orígenes en las prácticas parlamentarias inglesas, donde aparece con la denominación impchment, y se lo ha establecido para frenar la arbitrariedad de los gobernantes; la penal tiende a imponer sanciones por delitos.

Desde que el grupo humano comenzó a ser gobernado conforme a normas preestablecidas, se inició la consagración legal de garantías personales que lo protegen contra la prepotente arbitrariedad de sus

gobernantes. La paulatina conquista de sus derechos y libertades es fruto de tormentosa y prolongada lucha.

En Bolivia se han iniciado varios juicios de responsabilidades, ya en 1839 se formuló contra el Mariscal Andrés de Santa Cruz, juicio que no culminó. Posteriormente, en 1880, se enjuició al ex presidente Hilarión Daza (que tampoco tuvo resultado, porque el ex presidente fue asesinado en Uyuni). En 1932, se culminó el primer juicio de responsabilidades, formulado contra el ex ministro Jorge Mercado Rosales, por la comisión de malversación de fondos y soborno. Finalmente, el ex dictador Luís García Meza, después de siete años de proceso tedioso y largo, fue condenado, con otras personas, a la máxima pena de privación de libertad.

Las leyes abrogadas, a mi juicio, con cierta nostalgia del pasado, en su estructura eran más sólidas y eficientes que la vigente. Establecían con claridad meridiana, primero: los sujetos activos del delito, que eran el presidente, el vicepresidente y ministros de estado; segundo determinaban un procedimiento claro, en el que tenía intervención activa el Congreso Nacional. La ley vigente ahora es totalmente distinta a la abrogada.

El ámbito de aplicación de toda ley procesal queda delimitado por las dos coordenadas siguientes: 1) la calidad del imputado, que necesariamente ha de ser presidente, vicepresidente, Ministro de Estado o Prefecto en funciones (condición subjetiva) y 2) la naturaleza del delito que obligatoriamente ha de estar con relación (haber sido cometido) en el ejercicio de sus funciones (condición objetiva).

En cuanto a la primera coordenada, la ley 2445 en artículo 1) establece que son sujetos activos el presidente de la República, Ministros e Estado y Prefectos de departamento.

Con referencia a la segunda coordenada, el mismo artículo realiza una enumeración de los tipos penales por los cuales pueden ser enjuiciados, pero lo absurdo resulta que en el inciso i) aclara que también pueden ser enjuiciados “por cualquier otro delito cometido en el ejercicio de sus funciones”. consiguientemente, ha resultado redundante hacer la enumeración, por cuanto este último inciso prácticamente vacía toda la parte Especial del código penal como delito que pueden ser sujetos a ser denunciados.

También resulta absurdo, por cuanto, por ejemplo, si el sujeto activo estafa, roba, viola, hurta, falsifica, realiza manipulación genética, estaría siendo sometido a un juicio de responsabilidades. Esto es un absurdo. Es mejor delimitar los tipos penales, por los que debe ser enjuiciado el infractor.

II.7. Convención Interamericana contra la Corrupción.

Esta convención la cual Bolivia ha ratificado el 23 de enero de 1997, es un importante paso que se ha dado a nivel hemisférico para la lucha contra la corrupción, se ha convertido en la gran referencia para la acción colectiva en esta materia, no solo abrió caminos por ser el primer instrumento jurídico en este campo, sino que sigue siendo el único que expresa una concepción integral para enfrentar este problema.

En cuanto al Objeto, la convención busca tanto facilitar la cooperación entre los Estados para hacer frente a este problema, como también promover y fortalecer el desarrollo, los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

Reconoce de manera expresa en su preámbulo y en varios de sus artículos que este problema no puede ser solucionado únicamente con acciones represivas o sancionatorias una vez que ha surgido un mal, sino que también se precisan decisiones de carácter preventivo orientadas a modernizar las instituciones y eliminar las causas mismas de la corrupción o las condiciones que la facilitan o la hacen propicia.

Concibe la lucha contra la corrupción como un proceso y no como un el simple resultado de acciones puntuales, aisladas y sin ninguna conexión o coordinación. Por el contrario, de su lectura se infiere que este deber ser un esfuerzo permanente que debe continuar en un proceso de desarrollo progresivo, con decisiones tanto a nivel interno como interamericano e internacional en general.

Releva la importancia de la acción de todos los actores; Estado, el sector privado, la sociedad civil, y la comunidad internacional.

CAPITULO III

Diseño de Demostración y Comprobación de la hipótesis mediante métodos y técnicas

III.1. Encuesta.

Para recabar información sobre la percepción de personas con conocimiento en Derecho Penal acerca del delito de Malversación, se utilizó esta técnica, para luego del análisis de esa información ayudar a probar o desaprobar la hipótesis.

III.1.1. Diseño de la muestra

Se aplicó una muestra probabilística simple, donde todos los elementos de la población tienen la misma posibilidad de ser escogidos y con la que además se puede medir el tamaño de error en nuestras predicciones, basada en los cálculos de probabilidades.

El estudio se llevó a cabo en la Ciudad de La Paz, tomando en cuenta a los señores fiscales de la ciudad de La Paz, por que según mandato Constitucional son los encargados de promover la acción de la justicia, defender la legalidad, los intereses del Estado y la sociedad, conforme a lo establecido en la Constitución y las leyes de la república, y por otro lado se tomó en cuenta a abogados defensores.

El universo en esta encuesta en primer lugar esta compuesto por los 60 fiscales de materia que trabajan en la ciudad de La Paz, en La Paz (Fuente: Funcionario de Recursos Humanos del Ministerio Publico, La Paz) hay 4 divisiones de Corrupción Publica, pero los 60 fiscales rotan en las diferentes divisiones

En segundo lugar el universo corresponde a 72 Abogados que acuden al juzgado Décimo de Instrucción en lo Penal por mes, en condición de defensores (tomando en cuenta los datos del mes de mayo de 2008), se

verifica que dichos Abogados son penalistas, por ende tienen conocimiento en la materia.

III.1.2. Determinación de la Muestra.

$$n = \frac{Z^2 N p q}{e^2 (N - 1) + Z^2 p q}$$

Donde:

Para los Fiscales:

n= Tamaño de la muestra

Z= Nivel de confianza: 90%

N= Universo: 60 Fiscales

p= Probabilidad a favor: constante 0.5

q= Probabilidad en contra: Constante 0.5

e= Error de estimación: 0.01

$$n = \frac{2.74(60)(05)(05)}{0.017(60 - 1) + 2.74(05)(05)}$$

$$n = \frac{41.1}{1.688}$$

$$n = 24.34 \approx 24$$

Para los Abogados:

n= Tamaño de la muestra

Z= Nivel de confianza: 92%

N= Universo: Abogados Penalistas

p= Probabilidad a favor: constante 0.5

q= Probabilidad en contra: Constante 0.5

e= Error de estimación: 0.0064

$$n = \frac{3.07(72)(05)(05)}{0.0064(72-1) + 3.07(05)(05)}$$

$$n = \frac{55.26}{1.2219}$$

$$n = 45.22 \approx 45$$

III.1.3. Instrumentos.

Se utilizó un cuestionario con preguntas cerradas de doble elección, las respuestas emitidas por la muestra están divididas de acuerdo al orden de las variables de estudio, así las primeras 4 preguntas buscan la descripción actual del delito de Malversación en el Código Penal boliviano, y las ultimas preguntas la posible solución en cuanto a la sanción, si el consultado cree que hay que modificar la misma.

III.1.4. Preguntas de la Encuesta.

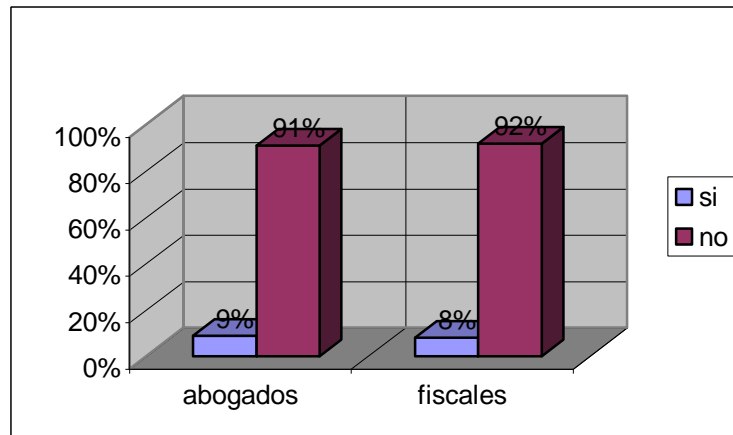
Pregunta 1.

¿Cree Usted que existe proporción de la pena en el tipo de malversación, tomando en cuenta la importancia de los derechos que afecta?

Cuadro Nº 1

| Respuestas | Numero Total | | Numero Relativo | |
|----------------|--------------|-----------|-----------------|-------------|
| | Fiscales | Abogados | Fiscales | Abogados |
| Si | 2 | 4 | 8% | 9% |
| No | 22 | 41 | 92% | 91% |
| Totales | 24 | 45 | 100% | 100% |

Grafico Nº 1



Fuente: Elaboración propia

Esta pregunta tiene la finalidad de conocer si los señores fiscales y Abogados creen que existe proporción de la pena en el tipo de Malversación, tomando en cuenta la importancia de los derechos que afecta, ya que este delito no solamente afecta el Bien jurídico función pública sino también los derechos constitucionales como ser la salud, por ende la vida, como también la educación, la seguridad del estado, o los dineros destinados a desastres naturales de esta pregunta se tiene que el 92% de los Fiscales y el 91% de los Abogados creen que no existe proporción de la pena en el delito de Malversación.

Pregunta 2.

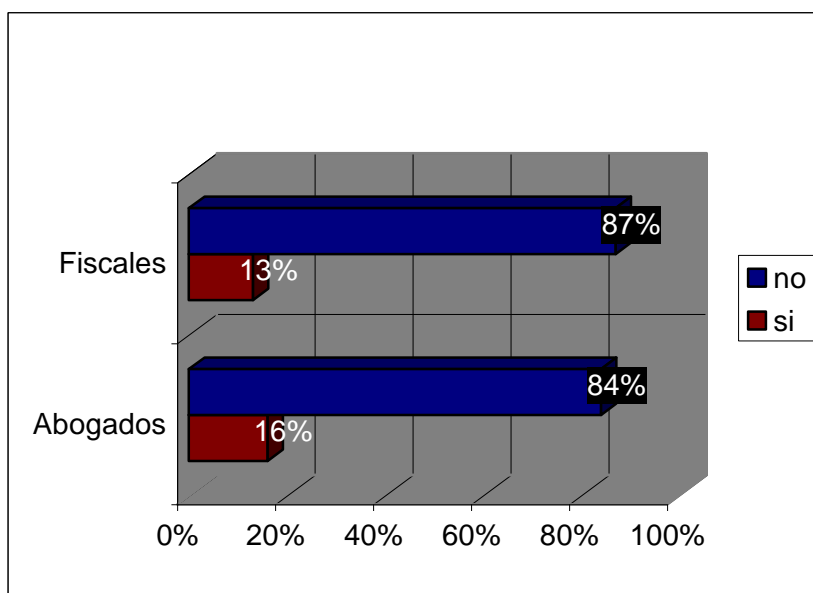
¿Cree usted que la pena en el tipo de Malversación cumple las funciones de prevención general y prevención especial (Art. 25 del Código Penal)?

Cuadro Nº 2

| Respuestas | Numero Total | Numero Relativo |
|-------------------|---------------------|------------------------|
|-------------------|---------------------|------------------------|

| | Fiscales | Abogados | Fiscales | Abogados |
|---------|----------|----------|----------|----------|
| Si | 3 | 7 | 13% | 16% |
| No | 21 | 38 | 87% | 84% |
| Totales | 24 | 45 | 100% | 100% |

Grafico N2



Fuente: Elaboración propia

Esta pregunta trata de averiguar si los fiscales y Abogados creen que la sanción en el tipo de malversación cumple la función de prevención general, dirigida a la sociedad en su conjunto y la especial, al delincuente para que no vuelva a delinquir, de esta pregunta se tiene que el 87% de los Fiscales y el 84% de los Abogados no creen que la actual sanción del código penal cumpla con esos fines de la pena.

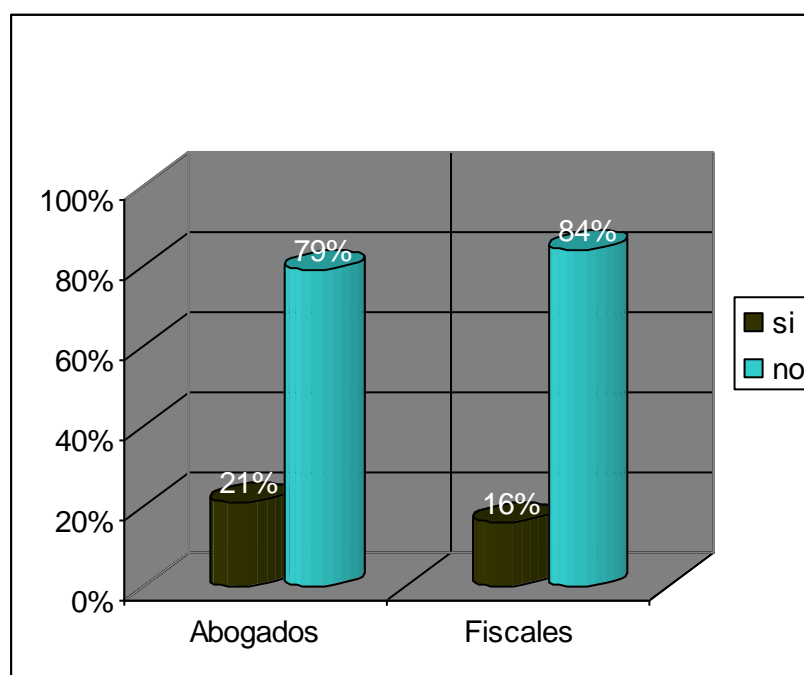
Pregunta 3.

¿Cree Usted que la pena en el delito de malversación influye para que el funcionario público cometa este delito?

Cuadro N° 3

| Respuestas | Numero Total | | Numero Relativo | |
|------------|--------------|----------|-----------------|----------|
| | Fiscales | Abogados | Fiscales | Abogados |
| Si | 19 | 38 | 79% | 84% |
| No | 5 | 7 | 21% | 16% |
| Totales | 24 | 45 | 100% | 100% |

Grafico N° 3



Fuente: Elaboración propia

Con esta pregunta se quiere averiguar sobre la influencia que tiene la pena en el delito de Malversación en la comisión de este delito.

Tenemos que el 84% de los Fiscales y el 79% de los Abogados encuestados creen que la sanción influye para que el funcionario público

cometa este delito, es decir que la pena no intimida a los funcionarios para que se abstengan de cometerlo.

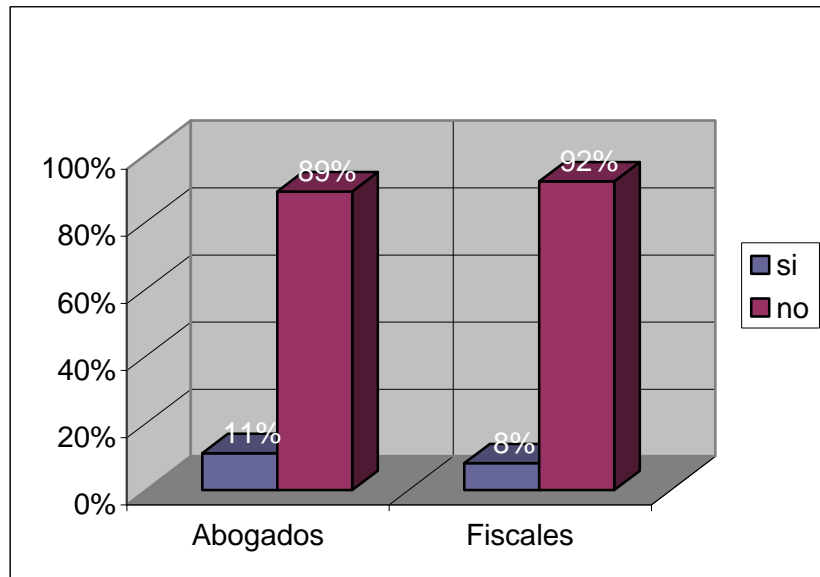
Pregunta 4.

¿Cree usted que se logra reparar el daño en el delito de Malversación?

Cuadro N° 4

| Respuestas | Numero Total | | Numero Relativo | |
|-------------------|---------------------|-----------------|------------------------|-----------------|
| | Fiscales | Abogados | Fiscales | Abogados |
| Si | 2 | 5 | 8% | 11% |
| No | 20 | 40 | 92% | 89% |
| Totales | 24 | 45 | 100% | 100% |

Grafico N° 4



Fuente: Elaboración propia

Como sabemos el impacto social que tiene este delito en países con recursos escasos, esta pregunta busca conocer si el daño que se ha causado, es reparado por los funcionarios públicos que cometen este delito, tomando en cuenta que en el actual Código no resguarda los bienes de los funcionarios para asegurar la reparación del daño, se tiene que el 92% de los Fiscales y el 89% de los Abogados encuestados creen que no se logra reparar el daño que traspasa la afectación del bien jurídico función publica.

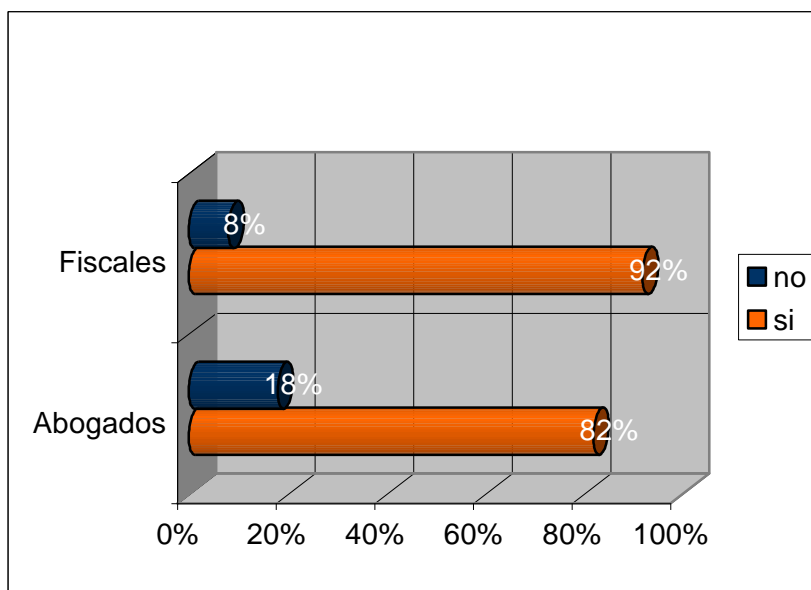
Pregunta 5.

¿Cree Usted que con una mayor sanción disminuiría la comisión de este delito?

Cuadro Nº 5

| Respuestas | Numero Total | | Numero Relativo | |
|----------------|--------------|-----------|-----------------|-------------|
| | Fiscales | Abogados | Fiscales | Abogados |
| Si | 20 | 37 | 92% | 82% |
| No | 2 | 8 | 8% | 18% |
| Totales | 24 | 45 | 100% | 100% |

Grafico N° 5



Fuente: Elaboración propia

Esta pregunta persigue averiguar la posible solución que se tendría que dar en caso que la sanción no sea la correcta, el 92% de los Fiscales y el 82% de los Abogados encuestados piensan que dicha solución pasa por una mayor sanción con el fin de disminuir la comisión de este delito.

Pregunta 6.

¿Una adecuada sanción en el delito de Malversación pasa por un aumento en?

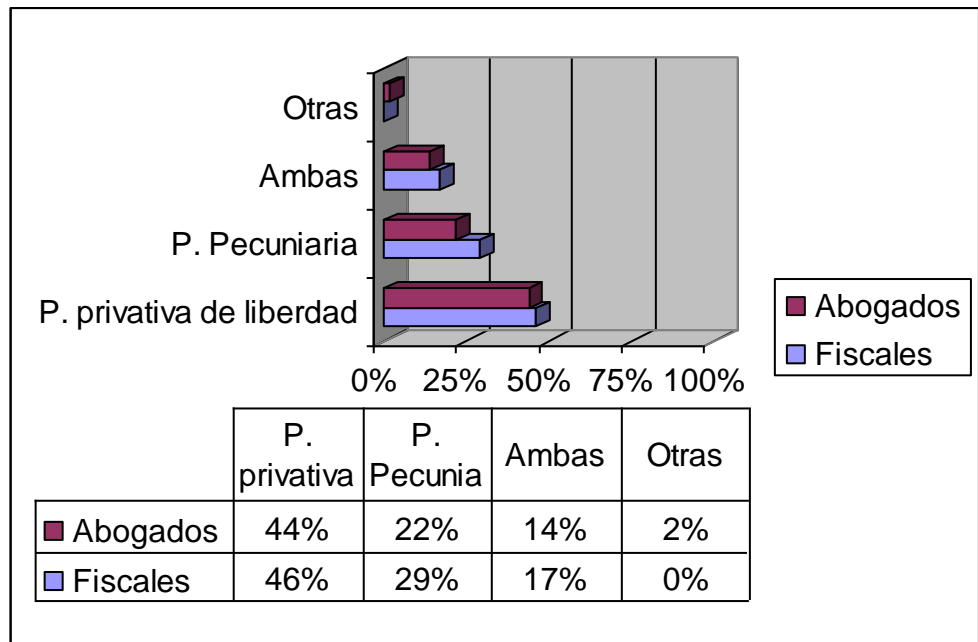
Cuadro N° 6

| Penas | Numero total | | Numero relativo | |
|----------------|--------------|-----------|-----------------|-------------|
| | Fiscales | Abogados | Fiscales | Abogados |
| P.P.L. | 9 | 16 | 46% | 44% |
| P.P. | 6 | 8 | 29% | 22% |
| Ambas | 3 | 5 | 17% | 14% |
| Otras | 0 | 1 | 0% | 2% |
| Ninguna | 2 | 7 | 8% | 18% |
| Totales | 20 | 37 | 100% | 100% |

* Penas privativas de libertad

** Pena pecuniaria

Grafico N° 6



Fuente: Elaboración Propia

Siguiendo con la posible solución en esta pregunta se trata de saber si una mayor sanción en la pena, si tal aumento de sanción se tiene que dar en la pena privativa de libertad, siguiendo siempre las penas actuales del código penal, o si pasa por una mayor sanción en la pena pecuniaria ambas o ninguna.

Se tiene que el 46% de los fiscales y el 44% de los Abogados encuestados creen que para disminuir la comisión de este delito se tiene que aumentar la pena privativa de libertad, el 36% creen para dicha disminución se tendría que aumentar la pena pecuniaria y el 14% cree que ambas.

De la presente encuesta se tiene que la mayoría de encuestados, que tanto los señores fiscales como los señores Abogados no creen que se sancione correctamente el delito de Malversación, tomando en cuenta los derechos que afecta y la realidad económica de nuestro país.

Una gran mayoría cree que un problema para que se cometa este delito hay que aumentar las penas en especial la privativa de libertad que en nuestra legislación es pasible a perdón judicial, pero también, se cree que se tiene que aumentar la pena pecuniaria como medio resarcir el daño administrativo, también como medio intimidatorio a las personas que fungen como funcionario público.

III.2. Legislación comparada.

En esta parte aplicaremos el Derecho comparado, casos de otros ordenamientos para realizar su estudio y comentario de nuestro derecho penal vigente. En este sentido aplicaremos una analogía, a nivel internacional, para compararla con la Ley interna.

III.2.1. Código Penal Argentino.

Capítulo VII

Malversación de caudales públicos (artículos 260 al 264)

Art. 260.

Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario publico que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados.

Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

III.2.2. Código Penal Colombiano.

Capitulo Primero

Del Peculado

Art. 399.

Peculado por aplicación oficial diferente. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto,

o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

III.2.3. Código Penal Español.

Capítulo VII

De la malversación

Art. 432.

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.

Artículo 433.

La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

III.2.4. Código Penal Ecuatoriano.

Art. 257.

Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Se entenderá por malversación, la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorias o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario.

El Director de la Oficina Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos.

La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101.

Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas, que hubieren intervenido en

Actos de determinación.

III.2.5. Legislación Venezolana.

Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Art. 60.

El funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aún en beneficio público, será penado con prisión de seis meses a tres años, pudiendo elevarse la pena en una tercera parte si como consecuencia del hecho resultare algún daño o se entorpeciere algún servicio público.

III.2.6. Cuadro comparativo de la Sanción del delito de malversación en diversas legislaciones.

| Países | Pena privativa de libertad | Pena pecuniaria u otras. |
|---------------|-----------------------------------|---------------------------------|
|---------------|-----------------------------------|---------------------------------|

| | | |
|--|---|--|
| Bolivia | Reclusión: de 1 mes a un año. Agravante por entorpecimiento del servicio: 1 año y cuatro meses (pasible a Perdón Judicial) | Multa de 20 a 240 días. Agravante de hasta 320 días multas. |
| Argentina | No existe pena privativa de libertad, solo pena de inhabilitación especial de 1 mes a 3 años. | Agravante por entorpecimiento del servicio: Multa del el 20 al 50% de la cantidad distraída. |
| Colombia | Prisión de uno (1) a tres (3) años. A diferencia del Código penal boliviano la Inhabilitación está en el tipo. | Multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. |
| Ecuador | Reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años Agravante si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional, de ocho a doce años. Prescribe en el doble de tiempo. | Los condenados además quedarán perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos |
| España | En principio no tiene pena privativa de libertad pero si el malversador no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. | Pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. |
| Venezuela (Ley Org. De salvaguarda del Pat. Pub.) | Prisión de seis meses a tres años, Agravante por daño o entorpecimiento del servicio de 8 meses a 4 años | |

Analizando estos 5 Códigos cuatro del ámbito Sudamericano y uno Europeo se tiene que en los 3 países donde se sanciona con pena privativa de libertad, la pena es superior a la establecida por el Código Penal Boliviano, incluso como es el caso de la legislación Ecuatoriana la pena es

de ocho a doce años cuando se trata de dineros destinados a la defensa nacional.

Pero en los países donde no se aplica penas privativas de libertad vemos que existe un mayor énfasis en la pena pecuniaria existe la posibilidad como es el caso del Código Penal argentino que este tipo de pena varíe según el porcentaje de lo malversado, que va desde el 20% al 50% de lo malversado. En la legislación española también pone ese énfasis en este tipo de pena, obliga a reintegrar el importe de lo malversado dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, con la posibilidad de que si esto no se cumple señala que se privará de libertad de tres a seis años de prisión.

CAPITULO IV

Conclusiones y Recomendaciones

IV.1. Conclusiones.

De la encuesta y de la legislación comparada realizada se demuestra que en la actualidad el Código Penal Boliviano no sanciona adecuadamente el delito de Malversación, si en estos países se sanciona con pena mas altas deberíamos preocuparnos en proteger mejor el patrimonio del Estado, tomando en cuenta nuestra condición de país pobre, existiendo una necesidad que se haga un estudio minucioso para lograr la proporcionalidad de la disposición y la pena en este delito.

En la etapa de la determinación legal, el legislador debe orientar la definición y punición de este delito, tomando en cuenta que la tipificación legal de los delitos pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser protegidos por el Derecho Penal por ser necesarios para mantener el mínimo de convivencia pacífica (prevención general); pero siempre con el cuidado de mantener cierta proporcionalidad entre el delito y la pena que se le adjudica en la ley.

La importancia social del bien merecedor de tutela jurídico penal ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal, es innegable, por de pronto, que el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal, siempre y cuando no haya otra forma de protección que en nuestra legislación no existe, desde luego en nuestra constitución señala como derecho fundamental, el derecho a la vida, la salud, la educación que el delito de Malversación transgrede.

Cuando demostramos que la pena en este delito no es la adecuada estamos tomando en cuenta que esta clase de delitos tiene una mayor

repercusión social que la que se piensa, y como la pena en nuestra legislación tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los componente del estado, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son dicho componentes, prevenir conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia.

IV.2. Recomendaciones.

De lo antes señalado se recomienda:

- En cuanto a la pena privativa de libertad el legislador tiene que hacer un análisis del delito y la pena tomando muy en cuenta el principio de proporcionalidad del delito de Malversación, que se debe analizar este delito no solamente poniendo énfasis en la protección del bien jurídico función pública, sino también la amenaza que el mismo tiene para la sociedad, tomando siempre los otros derechos fundamentales que afecta este delito.
- En cuanto a la pena pecuniaria el legislador debería tomar en cuenta una justa proporción entre su cuantía y las condiciones del condenado, circunstancias de modo tiempo y lugar; pero especialmente la cantidad de lo malversado, que en este caso tendría que tener proporción con el monto malversado y la pena pecuniaria.
- En este mismo sentido habría que ver la posibilidad como la inserción en el tipo del tiempo de la inhabilitación especial, dejado actualmente al arbitrio del juez.

- Como estos son delitos cometidos en función de gobierno deberían crearse órganos imparciales de control que detecten el delito en el momento de su comisión, así como un seguimiento a los procesos correspondiente.
- Por lo anteriormente señalado en cuanto a la prescripción, se debería aumentar el tiempo de la misma, independiente del daño al servicio.
- Se deberían adoptar políticas para desarrollar el sentimiento de pertenencia del funcionario público y el conocimiento de los delitos y las sanciones referidos a la administración pública.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA TERESA, El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Madrid-España, 1999
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, La inseguridad jurídica, Edit. Abeledo Perrot, Bs. Aires – Argentina, 1993.

- BENTHAM, JEREMIAH citado por Lorenzini Correa, Jaime, La Seguridad Jurídica dentro de una concepción espiritualista, Edit. Memoria, 1958.
- CARRARA FRANCESCO, Manual de Derecho Criminal, Parte General.
- C.G.R. CENTRO NACIONAL DE CAPACITACIÓN, Ley 1178 Compendio Didáctico, Segunda Edición, 2005,
- CURY –URZÚA, ENRIQUE, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
- CREUS. CARLOS, Delitos Contra la Administración Pública, Edit. Astrea, Buenos Aires Argentina, 1981,
- DELOS JOSEPH, T. Los fines del Derecho Penal: Bien común, Seguridad jurídica, justicia, Edit. Universidad Autónoma de México, México – Distrito Federal, 1967
- DEL PONT, MARCO, Penología y Sistemas Carcelarios, Edit. De Palma, Buenos Aires – Argentina, 1974,
- HERNANDEZ SAMPIERI ROBERTO, FERNANDEZ COLLADO CARLOS, PILAR BAPTISTA LUCIO, Metodología de la investigación, Segunda edición, Ed. McGraw-Gill, Mexico D.F. Mexico, 1998.
- J. ANTÓN, ONECA, Derecho Penal, Parte General, Madrid – España, 1949, Pág.477
- MAURACH, REINHART, Derecho Penal (Parte General), Séptima Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires-Argentina.
- MIGUEL HARB, BENJAMÍN, Derecho Penal, Parte Especial, Delitos en particular, Edit. Juventud, Quinta edición La Paz – Bolivia, 2002
- MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal (Parte General), 2º Edición, Barcelona-España, 1998.
- MORALES GUILLEN, CARLOS, Código Penal concordado y a notado, Edit. Gisbert y Cia. S.A. La Paz – Bolivia, 1993.

- PARDINAS FELIPE, Metodología y Técnicas de investigaciones en Ciencias Sociales, Ed. Siglo XXI, Mexico, 1979.
- POVEDA P. JOSÉ LUÍS, Técnicas de Investigación Orientadas a la Tesis, Ed. Presencia, La Paz – Bolivia, 1999.
- RAMOS TAPIA, M^a INMACULADA, JAN WOISCHNIK, Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales (Especial consideración del principio de proporcionalidad), Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México – México, Pág.16, 2001
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO, Derecho Penal (Parte General), 11^o edición, Ed. Temis, Bogotá-Colombia, Pág. 43, 1990.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARIA, Derecho Penal Español, Parte general, Ed. Dykinson, Décima séptima edición, 1996,
- SAINZ CANTERO, JOSÉ A. Lecciones de Derecho Penal. 3ra. Edición, Edit. Bosch, Barcelona – España, 1990
- SOLER, SANTIAGO, Derecho Penal argentino, Tomo II, Edit. Tea, Edición, Bs. Aires - Argentina, 1976,
- VILLALDA, JORGE LUÍS, Delitos Contra la Función Pública, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires - Argentina, 1999.
- VILLAMOR LUCIA, FERNANDO, Derecho Penal Boliviano (Parte general), Segunda Edición, Tomo I, Ed. Inspiración Cards, La Paz - Bolivia, 2007.
- VILLAMOR LUCIA, FERNANDO, Derecho Penal Boliviano (Parte especial), Segunda Edición, Tomo II, Ed. Inspiración Cards, La Paz – Bolivia, 2007.
- VON LISZT, FRANZ, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Reus, Traducción alemana por Luís Jiménez de Asúa, Madrid – España, 1968,
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Manual de Derecho Penal, 6^o Edición Edit. Cardenas, Bs. Aires, 1991.

- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Edit. Ediar, Buenos Aires – Argentina.
- ZIFFER, PATRICIA S. Lineamientos de la determinación de la pena, Edit. Ad Hoc S.R.L. Buenos Aires – Argentina.
- www.agapea.com/Derechos-fundamentales-Concepto-y-garantias-n104171i.htm.
- www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm.
- www.cnda.net.bo/biblioteca/JUS_PEN_ADU/contenido/modulo_03/pdf

Preguntas de la Encuesta.

Artículo 144. (Malversación) El funcionario Público que diere a los caudales que administre, percibe o custodia, una aplicación distinta a aquella que estuvieran destinados, incurrirá **en reclusión de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días.**

Si del hecho resultare daño o entorpecimiento para el servicio público, la sanción será agravada en un tercio.

1. **¿Cree Usted que existe proporción de pena en el delito de malversación, tomando en cuenta la importancia de los derechos que afecta?**

SI

NO

2. ¿Cree usted que la pena en el delito de Malversación cumple las funciones de prevención general y prevención especial (Art. 25 del Código Pena)?

SI

NO

3. ¿Cree Usted que la pena en el delito de malversación influye para que el funcionario público cometa este delito?

SI

NO

4. ¿Cree usted que se logra reparar el daño en el delito de Malversación?

SI

NO

5. ¿Cree Usted que con una mayor sanción disminuiría la comisión de este delito?

SI

NO

6. Una correcta sanción en el delito de Malversación pasa por un aumento en:

1. Penas Privativas de libertad

2. Penas pecuniarias

3. Otras.....

4. Ninguna

Código Penal argentino

Capítulo VII

Malversación de caudales públicos (artículos 260 al 264)

ARTICULO 260. - Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que

estuvieren destinados, se impondrá además al culpable multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

ARTICULO 261.- Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

ARTICULO 262.- Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

ARTICULO 263.- Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

ARTICULO 264.- Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Código Penal Colombiano

CAPITULO PRIMERO

Del peculado

Artículo 397. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Artículo 398. Peculado por uso. El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que

están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Artículo 400. Peculado culposo. El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.

Artículo 401. Circunstancias de atenuación punitiva. Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá en la mitad.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena en una cuarta parte.

Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el

equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

Artículo 403. Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos. El servidor público que destine recursos del tesoro para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona, a los explotadores y comerciantes de metales preciosos, con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, en multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

En la misma pena incurrirá el que reciba con el mismo propósito los recursos del tesoro, o quien declare producción de metales preciosos a favor de municipios distintos al productor.

Código Penal Español

CAPITULO VII

De la malversación

Art. 432

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.

Artículo 433

La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

