

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



Acreditada por Resolución CEUB 1126/02

MONOGRAFÍA

**“MODIFICACIÓN DEL ART. 130 DEL CÓDIGO PENAL
INCLUYENDO AL FUNCIONARIO PÚBLICO COMO
SUJETO ACTIVO DEL DELITO CON PENA AGRAVADA”**

Para optar al título académico de Licenciatura en Derecho

Postulante: Juan Carlos Quisbert Carrillo

Tutor Académico: Dr. Andrés Baldivia Calderón De la Barca

Institución: **SERVICIO NACIONAL DE DEFENSA
PÚBLICA**

La Paz – Bolivia.
2014

DEDICATORIA:

A....

Mi esposa Yvonne Mendieta a mis hijas Katterine, Fátima y Melany por su cariño y apoyo incondicional.

De manera muy especial a mis compañeros DE LA UMSA CARRERA DERECHO, grupo los Tribonianos, con quienes estuvimos estos largos años de vida Universitaria, quienes en todo momento, demostraron que querer es poder.

AGRADECIMIENTOS:

A la Universidad Mayor de San Andrés, por haber sido la Casa de estudios que me acogió durante este periodo universitario.

A mi tutor: Dr. Andrés Baldivia De la Barca por haberme guiado en la elaboración del presente trabajo.

A la Dra. Mónica González Torrez defensora publica del SENADEP, quien en todo momento fue mi guía permanente.

A mi familia quienes siempre estuvieron a mi lado colaborándome en lo que necesitaba siendo ello fundamental para mi vida y además a las personas que de una u otra forma me apoyaron para que culmine este objetivo.

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria	
Agradecimientos	
Índice	
Prólogo	
Introducción	

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA

1. Elección del Tema.....	1
2. Fundamentación o justificación del Tema	1
3. Delimitación.....	2
3.1. Delimitación Temática	2
3.2 Delimitación Espacial	2
3.3 Delimitación Temporal.....	3
4. Planteamiento del Problema	3
5. Objetivos	3
5.1 Objetivo General	3
5.2 Objetivos Específicos	4

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO O DE REFERENCIA

1.1 Marco Institucional	5
1.2 Marco Teórico	6
1.3 Marco Conceptual	8

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS LEGISLATIVOS DE LA INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR Y DELA SERVIDORA Y/O SERVIDOR PÚBLICO EN BOLIVIA

2.1 De la instigación Pública a delinquir.....	10
--	----

2.1.1 La instigación pública a delinquir en el Código Penal de 1834.....	10
2.1.2 La instigación pública a delinquir en el Código Penal de 1973.....	11
2.1.3 La instigación pública a delinquir en el Código Penal de 1997.....	12
2.2 Del servidor y la servidora pública.....	13
2.2.1 La responsabilidad en la época precolombina	13
2.2.2 La responsabilidad en la época de la colonia.....	14
2.2.3 La responsabilidad en la época de la República	14
2.3 La formación de la función y el servidor público.....	15

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES VIGENTES DE LA INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR, DE LA SERVIDORA Y SERVIDOR PÚBLICO Y SU COMPARACIÓN CON LA LEGISLACION PENAL DE OTROS PAISES

3.1 Disposiciones vigentes de la instigación pública a delinquir.....	19
3.1.1 Constitución Política del Estado Plurinacional.....	20
3.1.2 Código Penal Vigente.....	23
3.1.2.1 Características fundamentales del delito de instigación	26
3.1.2.2 Otras consideraciones respecto al delito de la instigación Pública a delinquir	28
3.2 Del servidor y servidora pública	29
3.2.1 Función y Servidor Público.....	30
3.2.2 Teoría del servidor público	30
3.2.3 Responsabilidad de los servidores públicos.....	31
3.2.3.1 Características de la responsabilidad.....	32
3.2.4 El poder disciplinario de la administración pública y el poder Sancionador del Estado	34
3.3 La instigación Pública a delinquir en la Legislación Comparada.....	34
3.3.1 Código Penal de Ecuador.....	34
3.3.2Código Penal de Argentina.....	35
3.3.3 Código Penal de Uruguay	37
3.3.4 Código Penal de Venezuela.....	37

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 130 DEL CÓDIGO PENAL INCLUYENDO A LA SERVIDORA Y/O SERVIDOR PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO CON PENA AGRAVADA

4.1 Fundamentos Sociales	39
4.2 Fundamentos Jurídicos	40
4.3 Fundamentos Filosóficos.....	41

CAPITULO V

PROPUESTA	45
------------------------	----

CONCLUSIONES	47
---------------------------	----

RECOMENDACIONES	49
------------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	50
---------------------------	----

ANEXOS

PRÓLOGO

Me es grato hacer la presentación de este Trabajo de Investigación, para ser parte integrante de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Prestigiosa Universidad Mayor de San Andrés. Esta monografía se enfoca en el delito de instigación pública a delinquir establecido en el artículo 130 del Código Penal, el cual tiene como bien jurídicamente protegido la tranquilidad pública y se presenta la propuesta de que se incluya como agravante los casos en que el sujeto activo del delito resultare ser una servidora y/o servidor público.

Hasta ahora se ha escrito mucho sobre la responsabilidad de los servidores públicos. Sin embargo, al criterio del suscrito egresado, no se ha considerado la responsabilidad penal en forma específica para los servidores públicos en el caso del delito de instigación, si bien el tipo penal en estudio establece un sujeto activo indeterminado, al disponer “el que” se ha considerado necesario incluir como agravante cuando el sujeto activo sea la servidora y/o servidor público, por éste un representante del Estado que debe buscar el bienestar de la sociedad mediante sus funciones.

Es por ello, que presento éste trabajo bajo riesgo de ser criticado y observado, no obstante considero que el aporte que hace el egresado es importante y por ende no puede ser negado a los estudiosos y críticos del derecho penal

INTRODUCCIÓN

La modificación del artículo 130 (instigación pública a delinquir) del Código Penal Boliviano debe ser tomada en cuenta, debido a que las servidoras y servidores públicos deben incluirse en forma clara y expresa como sujetos activos del delito de instigación pública a delinquir con pena agravada, siendo que cometen éste delito valiéndose de su cargo, ya que si bien éste delito se refiere a todos los sujetos de manera general con la proposición “el que” se considera necesario que se personalice de manera concreta cuando el sujeto activo pueda ser la servidora y/o servidor público, toda vez que el bien jurídico afectado es la tranquilidad pública y por ende es un delito que afecta a toda la sociedad.

Siendo que las servidoras y/o servidores públicos son sujetos que deben tener principios y valores bien aplicados en función a su cargo, y que a la vez de cierta manera representan al Estado, resulta incomprensible que esta autoridad no cumpla con lo que la ley establece y más aún que éste afecte a un bien jurídico protegido.

Por lo que, para el desarrollo del presente tema de investigación, se ha visto conveniente dividir su estudio en cinco capítulos:

En el capítulo I, se desarrolló el marco institucional en el cual se expone la institución en la que se practicó el trabajo dirigido, brindando servicios de asistencia legal. Del mismo modo, se expone la teoría del iuspuniendi como marco teórico de la investigación y las palabras principales usadas en el desarrollo de la monografía en el marco conceptual.

En el capítulo II, se realizó el análisis de los antecedentes históricos legislativos del delito de la instigación pública a delinquir y de la servidora y servidor público

en Bolivia para lo cual se utilizó el método deductivo.

En el capítulo III, se analiza las disposiciones vigentes del delito de instigación pública a delinquir, y a la vez se desarrolla doctrina sobre la función y servicio de los servidores públicos, con la finalidad de conocer a quienes se debe considerar como servidores públicos, y la responsabilidad que tienen para con el Estado. Asimismo se consultó la legislación penal de los países de Argentina, Venezuela, Uruguay y Ecuador con el propósito de conocer su normativa respecto al delito de la instigación pública.

En el capítulo IV, establezco los fundamentos por los cuales es necesario que se modifique el artículo 130 con la finalidad de incluir como agravante los casos en que el sujeto activo del delito de instigación pública a delinquir fuere una servidora o servidor público.

En el capítulo V, este capítulo contiene el aporte al estudio realizado en esta investigación, el cual se basa en la modificación del artículo 130 (instigación pública delinquir) del Código Penal Boliviano.

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1. ELECCIÓN DEL TEMA DE MONOGRAFÍA

"MODIFICACIÓN DEL ART. 130 DEL CÓDIGO PENAL, INCLUYENDO AL FUNCIONARIO PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO CON PENA AGRAVADA"

2. FUNDAMENTACIÓN DEL TEMA DE LA MONOGRAFÍA

Lo que se propone con la presente investigación, es la modificación del Art. 130 del Código Penal, incluyendo en calidad de sujeto activo del delito a la servidora o servidor público, siendo necesaria la pena agravada para éste, por haberla cometido valiéndose de su cargo. El requisito sine qua non de índole subjetiva consiste en que el agente sea un funcionario público, claro está que investido de la autoridad que tiene, goza de poder, por tanto, las aseveraciones que hace son tenidos por verídicos y ciertos. Como todo ciudadano apegado a las normas de carácter imperativo, cumplen con lo dispuesto por la servidora o servidor público, ya que lo contrario significaría desobediencia a la autoridad.

Teniendo tal precedente, los servidores para instigar públicamente a delinquir, se aprovechan del cargo, ya que el poder de convocatoria que tienen goza de mayor fuerza, trascendencia e importancia, lo cual podría provocar mayor grado de vulneración a la tranquilidad pública, hecho que no puede ser equiparado de ninguna manera a la instigación efectuada por cualquier ciudadano, tal es que si bien éste comete el ilícito penal en cuestión, merecerá una pena inferior a aquél por no tener tanta relevancia en relación a la de la servidora o servidor público. De ahí que se ve la necesidad de modificar el artículo objeto del presente trabajo, distinguiéndose la conducta del ciudadano de la del servidor (a) público (a), debiéndosele imponer una pena agravada a este último por los fundamentos y motivos ya señalados con amplitud.

Además que la instigación, es la forma de participación criminal, por la que se motiva la voluntad de un tercero para consumar un acto delictivo por otro. El

artículo 22 del código penal, sanciona al instigador con la misma pena impuesta al autor. Sin embargo, la instigación pública a delinquir es el llamado colectivo e indeterminado para la consumación de un delito. La diferencia entre la instigación, con la instigación pública a delinquir es que la primera figura determina la manipulación de la voluntad de un tercero, para que cometa un delito; mientras que la segunda, es la determinación o el llamado colectivo para cometer un delito, sin asegurarse el resultado, sino simplemente implementar la idea de llegar a cometer un delito.

Por todo lo acotado, todas aquellas conductas que significan, alterar el orden público, desestabilizar la armonía social y generar un estado de intranquilidad, que en definitiva no permitirá ni el desarrollo ni la prosperidad de la sociedad.

3. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE LA MONOGRAFÍA

3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La presente investigación se circunscribió en el área jurídico normativo en razón a que en el Art. 130 del Código Penal no prevé la punición agravada a la servidora o servidor público que cometiere en el ejercicio de sus funciones, motivo por el cual, el referido artículo merece una modificación y adecuación para fines técnicos de juzgamiento y punibilidad.

3.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

El desarrollo de la investigación se realizó en la ciudad de La Paz por ser la sede de gobierno y en consecuencia, engloba mayor número de servidoras o servidores públicos cuya actividad se enmarca en el ejercicio de la función

pública.

3.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

Para la investigación, se tomó en cuenta el periodo comprendido entre los años 2003 a 2011, teniéndose presente que durante esa etapa el país se vio expuesto a situaciones críticas, de tal forma que la vulneración a la tranquilidad pública cometida por las autoridades (ahora servidores públicos) se ha manifestado en diferentes aspectos y dimensiones.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- ¿Por qué el legislador no incluyó a la servidora o servidor público como sujeto activo del delito en el tipo penal de instigación pública a delinquir?
- ¿La servidora o servidor público que instigue públicamente valiéndose de su cargo, ejerce poder de coacción?
- ¿La acción del agente que tenga la calidad de servidora o servidor público en el delito de instigación pública a delinquir, merece una pena agravada?
- ¿Si se incluye a la servidora o servidor público como sujeto activo del delito en la instigación pública a delinquir, en qué medida se incrementa la protección del bien jurídico?

5. OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GENERAL

- Proponer la modificación del art. 130 del código penal, incluyendo a la servidora y/o servidor público como sujeto activo del delito con pena

agravada, de manera que se precautele con mayor amplitud la tranquilidad pública como bien jurídico protegido.

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer los motivos por el que el legislador no incluyó a la servidora o servidor público como sujeto activo del delito en el tipo penal de instigación pública a delinquir.
- Precisar la medida en que la servidora o servidor público ejerce poder de coacción al instigar públicamente.
- Fundamentar los motivos por el que la servidora o servidor público merece pena agravada.
- Determinar en qué medida se incrementa la protección del bien jurídico incluyéndosele a la servidora o servidor público como sujeto activo del delito.

CAPÍTULO I

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO O DE REFERENCIA

1.1. MARCO INSTITUCIONAL

En cumplimiento a las disposiciones contenidas en la normativa del Reglamento del Régimen Estudiantil de la Universidad Boliviana en el X Congreso Nacional de Universidades, en mérito al Convenio de Cooperación Interinstitucional ente la Universidad Mayor de San Andrés a través de la carrera de Derecho y el Órgano Electoral Plurinacional y el Reglamento Interno de Trabajo Dirigido aprobado por el Honorable Consejo Universitario con Resolución N° 063/01 de fecha 21 de marzo de 2001.

De conformidad a la Resolución del Honorable Consejo de Carrera N° 0836/2013 de 30 de abril de 2013, y que mediante Resolución del Consejo de Carrera de Derecho N° 720/06 de 20 de marzo de 2006 debidamente homologada por el Honorable Consejo Facultativo se complementó el artículo sexto del Reglamento del Programa de Trabajo Dirigido y mediante Resolución N° 1149/2004 se dispone que las Monografías de los egresados de la carrera de Derecho deberán ser presentadas ante la Dirección de la Carrera de Derecho.

Asimismo, mediante Resolución N° 396/2013 de 19 de abril de 2013, en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Reglamento del Régimen Estudiantil aprobado en el XI Congreso Nacional de Universidades se aprobó la solicitud de mi persona para realizar el TRABAJO DIRIGIDO como una MODALIDAD DE GRADUACIÓN para obtener el Grado Académico de Licenciatura en Derecho, debiendo realizar mis funciones en el MINISTERIO DE JUSTICIA SENADEP., por el lapso de OCHO (8) MESES a tiempo completo de OCHO (8) HORAS DIARIAS. Se hizo cumplimiento de los ocho meses de trabajo dirigido en la referida institución.

1.2 MARCO TEÓRICO

El Estado como titular del jus puniendi, entendida como aquella facultad que posee para castigar delitos, para hacer efectiva la punibilidad debe regirse estrictamente por las exigencias que hace el Derecho Penal, lo cual es la ley escrita. En ese marco, el legislador tipifica en el Art. 130 la Instigación Pública a Delinquir, lo cual, por los fundamentos ya mencionados carece de claridad por referirse de forma genérica al sujeto activo del delito con la proposición "el que", ya que si bien puede ser cometido por todos los sujetos, los servidores públicos por la comisión del mismo merecen una pena agravada.

Las libertades políticas, la observancia de la Constitución y la organización gubernamental establecida por medio de las elecciones, giran alrededor de la tranquilidad pública. Aquellas son impensables sin la convivencia pacífica de la ciudadanía.

La tranquilidad pública es concebida como un estado social de alta complejidad, en el cual la observancia de la constitución es necesaria, pero por sí misma es insuficiente. El estado debe estimular la concordia social por otros medios y desestimular y desactivar la discordia hasta donde fuera posible. Cuando el estado de derecho adquiere consistencia política y asentimiento social, la tranquilidad pública es concebida más propiamente como un conjunto de mecanismos de índole social, cuya activación necesita un compromiso social.

A decir de Welzel¹, es decisivo originar la decisión al hecho en el autor, no necesariamente también dar origen al plan del hecho; siendo indiferente la clase de medio empleado para la instigación. Además, sigue señalando que el dolo del instigador tiene que estar encaminado, a través del autor, a la realización del tipo del delito; luego a comprender el conocimiento de las circunstancias del hecho del respectivo tipo delictual.

¹ WELZEL, Hans. "Derecho Penal Alemán". Editorial Jurídica de Chile. 3ra. Edición Castellana. Pág. 166.

Ahora, tratándose de servidores públicos que instigaren valiéndose del cargo que ejercen, todas las consideraciones pueden probar que la pena es útil o conveniente para una finalidad pero no pueden legitimarla como justificada.

Conforme puntualiza Creus², que todo delito o contravención trata de proteger la seguridad jurídica, entendida como el Estado que permite y obliga a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad a vivir de acuerdo con los mandatos del derecho, con la consiguiente respuesta anímica de cada miembro de la sociedad que le permite esperar que los demás actúen de acuerdo con esos mandatos.

Asimismo para Creus³, la instigación a cometer delitos determinados dice” el que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido por la sola instigación” lo que significa que la acción típica que se sostiene es esencialmente la conducta prohibida la constituye un acto de instigación, lo que debe ser una expresa exigencia de publicidad de la instigación requiere que la conducta sea la instigación a la comisión de un delito determinado, mas no dirigida a una determinada persona, sino formulada de un modo, que le de aptitud para alcanzar a un numero indeterminado de personas, es decir a una generalidad.

El objeto de la instigación es la comisión de un delito determinado contra una persona o una institución, debe ser además de un delito determinado, la comisión de un hecho concreto: el autor debe dirigir la instigación al ataque de un determinado bien, pertenecientes a determinadas personas, o instituciones públicas, aunque los titulares del bien jurídico no estén perfectamente individualizados.

Que el autor, algo más que la simple voluntad de instigar, en el debe darse la voluntad de que el particular hecho instigado se realice efectivamente; su situación

² CREUS, Buompadre, parte especial T.2 pag.1.2.

³CREUS, Buompadre, parte especial T.2 pág. 115, 117,118.

como instigador debe contener la finalidad de lograr que otro comete verdaderamente el delito, lo cual repercutirá en la culpabilidad. De lo contrario podría tratarse de una tentativa, de un delito de actividad simple, que se ha utilizado medios idóneos, para que la instigación llegue a los destinatarios o que haya un instigado por lo menos, de no ser así puede quedar en una tentativa.

Entonces, se identifica la necesidad de la reforma del Artículo meritado que deba circunscribirse en el área normativa por tratarse de un tipo penal específico.

1.3 MARCO CONCEPTUAL

- **INSTIGAR.-** Hans Welzel⁴ señala que Instigar es determinar dolosamente a un hecho doloso (a través de influencia espiritual). Instigar es inducir, mover al delito; no es meramente proponer que se cometa, sino promover en cierta forma coactiva a ello, valiéndose de la excitación de las personas o de los instintos de la persona a quien se instiga.
- **INSTIGACION A COMETER DELITOS.-** Manuel Ossorio⁵, define la INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS como: "el simple hecho de instigar públicamente a la comisión de un delito determinado configura, por sí mismo un delito aún cuando el acto criminal a que se instiga no haya tenido realización, ya que de haberla tenido, se estaría en el caso de la participación criminal sancionado con pena mayor".

⁴ WELZEL, Hans. "Derecho Penal Alemán". Editorial Jurídica de Chile. 3ra. Edición Castellana. Pág. 166.

⁵ WELZEL, Hans. "Derecho Penal Alemán". Editorial Jurídica de Chile. 3ra. Edición Castellana. Pág. 166.

- **INSTIGADOR.-** Melanio Castillo V.⁶, define al INSTIGADOR como "El que incita o induce a cometer un delito.// Autor intelectual // Provocador, agitador, promotor, azuzador, excitador"⁷.Jimenez de Asua⁸ manifiesta que el instigador el que induce o determina otro a cometer el hecho. La equiparación penal a los autores es taxativa. Señala también que el instigador no es en modo alguno autor mediato, ya que ellos responden por el delito puesto que la persona de la que se valieron no son actores en el delito, en cambio en el instigador, demanda el autor propiamente dicho. Villamor Lucia⁹, manifiesta que la inducción tiene que ser abierta clara. El adverbio directamente tiene ese significado e indica también que ha de haber, por consiguiente una relación personal entre el inductor y el inducido.Goldstein, señala que el instigador es quien excita o refuerza la resolución de cometer un delito que otro tiene, es decir que lo anima, impulsa, estimula, trata de destruir sus últimas barreras inhibitorias o aporta mayores o mas graves motivos a una resolución todavía débil.
- **SERVIDOR PÚBLICO.-** es una persona que brinda servicio de utilidad social. Esto quiere decir que aquello que realiza beneficia a otras personas y no genera ganancias privadas (más allá del salario que pueda percibir el sujeto por este trabajo. Los servidores públicos por lo general, prestan servicios al Estado, las instituciones estatales son las encargadas de hacer llegar el servicio público a toda la comunidad.
- **PENA GRAVE.-** se debe entender: "Cualquiera de las más rigurosas o prolongadas de las que un sistema punitivo incluye (...)"

⁶ CASTILLO, Melanio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". Editorial San Marcos - Perú. Pág. 141.

⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis Principios del Derecho Penal. Ob. Cit. Pag.508

⁸ VILLAMOR LUCIA, Fernando Derecho Penal Boliviano Ob. Cit. Pag. 280.

⁹ GOLDSTEIN, Raul Diccionario de Derecho Penal y Criminología Ob. Cit. Pag. 601.

CAPÍTULO II

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS LEGISLATIVOS DE LA INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR Y DE LA SERVIDORA Y/O SERVIDOR PÚBLICO EN BOLIVIA

En atención al método deductivo que se aplica a la presente tesis, corresponde partir su estudio de lo general a lo particular, en ese entendido se parte de la historia de la instigación pública a delinquir y de la servidora o servidor público, desde cuando se sanciona la responsabilidad del servidor público, y la importancia que ha tenido este tema en el transcurso del tiempo.

2.1 DE LA INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR

Como se ha manifestado en el diseño de investigación *“La instigación es determinar intencionalmente a otro para que cometa delito”*¹⁰. Instigar, es incitar, provocar o inducir a uno a que haga una cosa. La instigación es una forma accesoria de participación y a ella son aplicables los principios generales enunciados con relación a la participación propiamente dicha. El instigador quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro, quiere cansar ese hecho a través de la psiquiatría del otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo. Por ello, es importante conocer históricamente desde cuando se reconoce esta figura como delito en nuestra legislación penal.

2.1.1 LA INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR EN EL CÓDIGO PENAL DE 1834 (CÓDIGO SANTA CRUZ)

El Código Penal de 1834 tiene su antecedente en el Código del 2 de abril de 1831,

¹⁰ PAREDES Rojas Armando, “Código Penal II”, Sucre – Bolivia, 2009, página 23.

se puso en vigencia el primer Código Penal. La cual tiene como base su fundamento en leyes de España como la Ley de 8 de enero de 1827, con la rúbrica general de "Sobre procedimiento de la administración de Justicia " el cual era legislado en 7 títulos, 14 capítulos y 281 artículos. Era una regulación promiscua de disposiciones procesales, de organización judicial y algunas otras propias del derecho Penal material. Es así que el Decreto de 28 de octubre de 1830, dispone la publicación, previa a su vigencia (1831), del Código Penal que prácticamente no era más que una edición ligeramente reformada del Código Penal Español de 1822. Tras una vigencia breve que no pasó de tres años y 7 meses, fue sustituido, por el Código de 6 de noviembre de 1834.

Respecto a la instigación pública a delinquir se observa que éste tipo penal no se encontraba consagrado, siendo que sólo se tenía establecido el tema de la traición a la patria, en diferentes artículos de los cuales el que más se aproxima es el tipificado en el Artículo 115 que establecía *“el que aliente directamente o de hecho a alterar, trastornar o destruir la Constitución de la República o la forma de Gobierno establecido por ella, es traidor y será condenado a la pena de dos a seis años de presidio. Si este delito se consumare sufrirá la de muerte, como traidor¹¹”*.

Es así que ni el Código Penal de 1831 ni el de 1834 establecía el tipo penal de la instigación pública a delinquir.

2.1.2 LA INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR EN EL CÓDIGO PENAL DE 1973 (CÓDIGO BANZER)

En 1964, se encargó a un grupo de juristas la elaboración de un nuevo proyecto para el Código Penal, el cual fue formulado sobre la base del proyecto López Rey, años después fue aprobado por un Gobierno de facto con exclusión del Libro

¹¹ MOCAYO Flores José, “Comentarios al Código de Procederes”, Editorial S.R.L. Universitas, 1982, página 124

Tercero del Proyecto original de 1943, mediante D.L. No. 10426 de 23 de agosto de 1972 y puesto en vigencia por D.S. 10772 de 16 de marzo de 1973. Este Código rigió, hasta el 5 de agosto de 1973, fue sustituido a su vez por el Código vigente desde el 6 de agosto de 1973, que regula la disciplina actualmente por disposición de los DD.LL. Nos. 10426 de 23 de agosto de 1972 y 10772 de 16 de marzo de 1973.

Respecto a la temática se puede observar que tampoco se establece la figura de la instigación pública a delinquir.

2.1.3 LA INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR EN EL CÓDIGO PENAL DE 1997

Sin alcanzar sanción Legislativa el Código de 1973 fue modificado el 10 de Marzo de 1997 según Ley No. 1768. En el cual sí se encuentra la figura de la instigación pública a delinquir el cual se halla enmarcado dentro de los delitos *contra la tranquilidad pública*, en el Capítulo III, del Título I, Libro Segundo del Código Penal Boliviano. Conforme a varios criterios establecidos, por un sin número de autores, en el delito de instigación pública a delinquir, el elemento fundamental es el de la inducción a delinquir; pero intencional, nuestro Código exige que la acción sea pública, ello implica que esté dirigida a un número indeterminado de personas, a través de cualquier medio, oral o escrito.

El delito de la instigación pública fue modificado por última vez mediante Ley N° 2494 con pena agravada quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 130 (Instigación pública a delinquir) "El que instigare públicamente a la comisión de un delito determinado, será sancionado con reclusión de un mes a un año. Si la instigación se refiere a un delito contra la seguridad del Estado, la función pública o la economía nacional, la pena aplicable será de reclusión de tres

*meses a dos años*¹².

Como se puede observar de lo precedentemente expuesto, en los diferentes códigos penales que ha tenido nuestro país desde 1831, el delito de instigación pública a delinquir no se encontraba previsto como un tipo penal sino hasta 1997. Empero, tampoco se considera específicamente como agravante los casos en que el sujeto activo pueda ser una servidora o servidor público, aspecto que se considera necesario a consideración del pasante, siendo que el servidor o servidora pública deben observar una conducta todavía más diligente y responsable por el cargo y las funciones que tienen. En ese entendido, se considera necesario conocer el tipo de responsabilidad que adquiere la servidora o servidor público en las diferentes épocas.

2.2 DE LA SERVIDORA Y SERVIDOR PÚBLICO

La responsabilidad de los servidores públicos ha sido siempre motivo de preocupación en las sociedades políticas de todos los tiempos y hoy nuestro país no es la excepción, por lo que es necesario reseñar brevemente algunos antecedentes, de cómo ha evolucionado su tratamiento.

2.2.1 LA RESPONSABILIDAD EN LA ÉPOCA PRECOLOMBINA

En la controvertida obra de Heinrich Cunow, se habla de lo que sería en nuestra época actos de responsabilidad del funcionario público, en estos casos dirigidos contra actos de funcionarios inferiores del inca, al señalar *“es conocido que aún en la época de los inca, los orejones (personas pertenecientes a la nobleza inca), podían interponer un recurso que se puede denominar de queja, contra actos notoriamente arbitrarios del Consejo de Gobierno, Gobernadores Provinciales y*

¹² BOLIVIA, Código Penal, Página 112.

los Curacas, para cuyo fin se pedía audiencia al inca quien si era su parecer enmendaba inmediatamente el acto arbitrario. En caso de que hubiese duda sobre la veracidad de la denuncia, el inca podía ordenar que se pague un jukus (fianza) para realizar una investigación previa y resolver posteriormente la queja”¹³

2.2.2 LA RESPONSABILIDAD EN LA EPOCA DE LA COLONIA

Producida la conquista del Nuevo Mundo, los españoles implantaron en América sus instituciones jurídicas y políticas, de ahí la importancia que adquiere el Derecho Castellano con las debidas adaptaciones que hubo de sufrir en el trasplante. Por ello, la forma, modo y autoridades encargadas de la administración de justicia eran las mismas que las de España.

2.2.3 LA RESPONSABILIDAD EN LA ÉPOCA DE LA REPÚBLICA

Con el advenimiento de la República, se dispuso de que al no haber todavía una legislación propia, el nuevo Estado se regiría transitoriamente por las Leyes de las Cortes Españolas de 1802, posteriormente en 1832 en el gobierno de Andrés de Santa Cruz se promulgó el famoso Código de Procederes Santa Cruz, que en ninguna de sus partes se refiere al procedimiento disciplinario hacia los funcionarios públicos.¹⁴

La sentida laguna jurídica, sobre el éste procedimiento, fue llenada de hecho por la Reforma Constitucional de 1861, donde se crea el tribunal contencioso

¹³ CUNOW HEINRICH, “La organización del Imperio Incaico” Ediciones Curia, Barcelona España, 1993, Página 56.

¹⁴ La problemática del Funcionario Público, aparece paradójicamente no en una norma sobre la función pública, sino en el primer Código Penal de 1834, estableciendo que “Los Funcionarios Públicos no podrán ser privados de sus empleos, sino por delito que merezca esta pena, y después de haber sido oídos y juzgados” (Los códigos penales posteriores no establecieron esta normativa)

administrativo, compuesto por siete consejeros, pero hasta aquí simplemente se habla de una responsabilidad administrativa y no así de una responsabilidad penal, lo cual se considera una omisión grave, siendo que el servidor y la servidora pública son autoridades que tienen poder y que tienen una formación especializada, por lo que se hace necesario ver la formación de la función del servidor público.

2.3 LA FORMACIÓN DE LA FUNCIÓN Y SERVIDOR PÚBLICO

La función pública, como dice Rodríguez Arias, como “*expresión de gobierno es un quehacer jerarquizado, como debe ser toda acción orgánica*”.¹⁵ La administración materializada en función pública, es justamente esa actividad del llamado sector público de la sociedad organizada: es la acción de ente público personificado en el administrador responsable que concibe y maneja los planes, programas y proyectos respectivos, decide sobre la naturaleza y oportunidad de lo que es previsto hacer o no hacer para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

Para Rafael Bielsa la función pública ha atravesado tres etapas de evolución con características peculiares que se describen a continuación:

En la primera época (se refiere a la edad antigua) registra que la función pública en las colectividades antiguas correspondía al pueblo reunido en asamblea y todo individuo debía encontrarse adecuadamente preparado para asumir y cumplir los cometidos que dichas asambleas o las autoridades por ellas designadas le confirieran. La simplicidad de las funciones de gobierno y el carácter integral de la educación de los ciudadanos hacía posible la individualización de la función pública en Grecia y Roma antiguas; aún hoy en nuestras comunidades indígenas y campesinas existe. En consecuencia podemos sintetizar como la función familiar en los pueblos primitivos en donde todos los miembros de la familia se hallaban

¹⁵ RODRIGUEZ, Arias Julio. C., “Como administrar un país” Editorial Dipalma, 1984, Página 29.

subordinados al padre, que era a la vez el administrador, el juez y el jefe militar.

Una segunda época la constituye la organización por clases; la función pública se encuentra en posesión de una o varias clases perfectamente separadas y diferenciadas entre sí y sobre todo, con respecto a la clase o clase dominantes como los nobles, militares y religiosos se conciertan o se alternan en el poder político y en la actividad administrativa, así la función pública es clasista y hereditaria en la edad media sobre todo.

Islotes de vida cívica y de actividad pública más intensa de la propia población los constituyen algunas comunidades municipales, villas o ciudades como es el caso de Bolonia y la creación municipal de su famosa universidad. Se caracteriza por la función municipal generalmente electiva y de corta duración no exige educación especial y tiene por objeto asegurar la igualdad entre todos los ciudadanos.

“Los comienzos de la edad moderna y las incipientes nacionalidades permiten en algunos países como Inglaterra, Alemania y sobre todo España estimulada por el descubrimiento, conquista y administración de América; la formación sistemática de ciertos cuerpos o sectores de personas especialmente preparadas para el manejo de la cosa pública y por ende la estructuración de una auténtica burocracia, entonces, la función del Estado, como sus necesidades y la sociedad son más numerosas y complejas. La función aquí se retribuía y cada vez más especializada. La función familiar se convierte en privada y solo quedan como funciones públicas las del Estado y la Municipal.

Esta especialización de la función pública hace que hoy los servidores públicos, como dice Julio C. Rodríguez Arias: *“necesitan para un gobierno de los mejores, una formación especializada del administrador público con criterios para una administración eficiente y una organización suficiente; sobre todo en la ciencia de la administración del Estado con arte y vocación para crear y progresar sobre la*

base de una técnica educativa de geo administración".¹⁶

Lo importante aquí son los criterios para orientar su acción con la debida prudencia y discreción, sobre todo en relación al para qué y el hasta donde además del cómo administrar. Pero en general, hay cuatro componentes que deben conjugarse para producir la adecuada formación intelectual y moral que se espera de un servidor para la función pública:

- 1) El conocimiento cabal del país o territorio de la respectiva jurisdicción donde ha de ejercer sus funciones y de sus problemas actuales y potenciales como de los recursos con que cuenta.
- 2) Es necesaria una formación ética y jurídico-política propia de un funcionario del Estado, sin perjuicio de los asesores con que puede contar.
- 3) Las nociones básicas sobre las técnicas referidas a la función gerencial a los instrumentos y procedimientos operativos de máxima utilidad en el respectivo sector: salud, agricultura, educación; tierras, coca, jubilados, etc.
- 4) Finalmente todos conocemos el desorden de los papeleos en los órganos del Estado y a la hora de informarse todos están perdidos, por lo que es necesaria; la enseñanza de técnicas de oficina y de archivos solo así cumplirá el propósito concreto de utilidad pública la organización administrativa y los servidores públicos.

El administrador público debe estar al servicio del administrado en una relación concreta de persona a persona y su trabajo debe ser útil a la comunidad. Esta es la norma básica, Por ello no se puede concebir que un servidor o servidora pública quien tiene a su cargo funciones sea una persona instigadora a delinquir, pero tampoco se puede obviar la posibilidad de que sí se pueda dar el caso para lo cual se considera necesario agravar la pena cuando la servidora o servidor público sean sujeto activo del delito de instigación pública a delinquir. Entonces, debe existir un criterio fundamental para evaluar y juzgar su comportamiento a donde

¹⁶ Ibidem

debe llegar la formación de un servidor público.

Estos fundamentos deben ejecutarse con urgencia, más aún si se considera las palabra del Dr. Rodriguez Arias Julio, *“que existe una crisis de los servidores públicos, el parasitismo, la inoperancia, el compadrazgo, la gauchada en interés de correligionarios y amigos o parientes, las negociaciones incompatibles con la función, la usurpación y abuso de autoridad, el cohecho, el peculado, la negación y retardo de justicia son algunos aspectos negativos de un poder mal empleado, lesivo de los derechos de los contribuyentes y los usuarios contrario al interés público y al bien común”*.¹⁷

¹⁷ RODRIGUEZ Arias Julio, citado por Mostajo Machicado Max, en su libro Derecho Administrativo Boliviano, La Paz – Bolivia, Páginas 119-220

CAPÍTULO III

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES VIGENTES DEL DELITO DE INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR, DE LA SERVIDORA Y SERVIDOR PÚBLICO Y SU COMPARACIÓN CON LA LEGISLACIÓN PENAL DE OTROS PAÍSES

3.1 DISPOSICIONES VIGENTES DE LA INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR

Siendo que el tema es sobre modificar la redacción del artículo 130 del Código Penal incluyendo la agravante en caso de que el sujeto activo del delito fuere una servidora o servidor público se hace necesario analizar nuestras variadas disposiciones legales respecto a la instigación pública a delinquir y los supuestos de responsabilidades en que pueden incurrir los servidores públicos.

Para lo cual, se debe considerar que el establecimiento de un régimen adecuado de responsabilidades de los servidores públicos ha sido una preocupación constante en todo sistema democrático constitucional y una de las características esenciales de todo Estado de Derecho para evitar el abuso de poder. Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, señala que *“cuando los servidores públicos provocan daño o lesionan valores protegidos por las leyes penales, la responsabilidad en que incurrir es penal, y les serán aplicables las disposiciones y procedimientos de esa naturaleza; cuando realizan funciones de gobierno y de dirección y afectan intereses públicos fundamentales o el buen despacho de los asuntos, dan lugar a la responsabilidad política; y cuando en el desempeño de su empleo, cargo o misión incumplen con las obligaciones que su estatuto les impone para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el ejercicio de la función pública, la naturaleza de la responsabilidad es de carácter administrativo”*¹⁸.

¹⁸ DELGADILLO Gutiérrez Luis Alberto, “El servidor público”, Buenos Aires Argentina, 1990, página 58.

Por su parte el Dr. Fix-Zamudio opina que *“en realidad, cuando se habla de la responsabilidad de los funcionarios se hace referencia de manera preferente a las sanciones políticas o de carácter penal, en virtud de que las administrativas y patrimoniales se encuentran dispersas en numerosas disposiciones y en procedimientos muy disímolos, además de que abarcan a todos los que prestan sus servicios a los entes públicos, no sólo a las dependencias directas, sino también a los organismos públicos descentralizados, e inclusive en algunos supuestos se aplican también a los directivos o empleados de las empresas de carácter público”*¹⁹.

Tomando en cuenta el principio de jerarquía normativa, el cual nos indica que *“la constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”*²⁰ el análisis se lo inicia partiendo de la Constitución Política del Estado, en el cual se observa la consideración que hace respecto a la servidora y servidor público.

3.1.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL

El Estado para la realización de los objetivos que tiene encomendado por la constitución y las leyes necesita de una organización formal, ésta es la administración pública que desarrolla actividades encaminadas al logro y satisfacción de los intereses generales como componente del Estado, particularmente del Estado Boliviano que se manifiesta como un Estado de derecho desde 1825 dando lugar a la aparición y consolidación de un conjunto de principios y de normas jurídicas referidas a la administración que constituye una legislación específica y diferenciada de las demás disciplinas jurídicas.

La Constitución Política del Estado Plurinacional en su Artículo 232, señala que la

¹⁹ FIX- ZAMUDIO, Héctor, “Las responsabilidades de los servidores públicos en el Derecho Comparado”, Editorial Porrúa – México, 1984, Página 60.

²⁰ Constitución Política del Estado, artículo 410 parágrafo II, página 156.

Administración Pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso, e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados.

Por su parte, el artículo 235 en sus numerales 1, 2 y 4 de la misma ley suprema, establece que el servidor público debe rendir cuentas sobre las responsabilidades económicas, políticas, técnicas y administrativas en el ejercicio de la función pública, sin embargo, no hace referencia de manera concreta a la responsabilidad extra contractual del Estado, aspecto que se constituye en un vacío legal de los cuales los más perjudicados son la sociedad que se encuentra inmiscuido en este tipo de problema y el Estado por no encontrarse definidos los lineamientos de la responsabilidad estatal.

Entonces, las actuaciones de los servidores públicos que no cumplan con estos principios fundamentales dan lugar necesariamente a la arbitrariedad y a la vulneración del Estado de Derecho, que limitado o lesionado en su estructura jurídica, crea situaciones de grave riesgo político, institucional y social. Estas situaciones deben ser atribuidas a la responsabilidad de aquellas que las originan y por ello, es necesario un análisis prioritario, puesto que es menester tomar en cuenta que estos actúan en nombre del Estado; por lo tanto, las actuaciones que se realiza a nombre del Estado son susceptibles de responsabilidad en sus diferentes ámbitos.

Por otra parte, la Constitución al ser la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico en sus artículos 13, 14 Parágrafo I y III, 178 Parágrafo I, y 180 parágrafo I, determina que los derechos y garantías constitucionales están protegidos por la constitución y que no puede ser vulnerado bajo ningún concepto social, ni jurídico. Asimismo, en su artículo 25 establece que *“Son obligaciones de las servidoras y los servidores públicos. 1 Cumplir con la constitución y las*

leyes”²¹ y en su artículo 233 establece claramente a quienes se debe considerar como servidoras y servidores públicos de la siguiente manera: “*Son servidoras y servidores públicos las personas que desempeñan funciones públicas. Las servidoras y los servidores públicos forman parte de la carrera administrativa, excepto aquellas personas que desempeñen cargos electivos, las designadas y los designados y quienes ejerzan funciones de libre nombramiento*”²².

Este artículo señala la diferencia que existe entre servidores públicos lo cual es la base para la diferenciación en el modo de proceder para los procesos internos de responsabilidad administrativa y que para el presente tema servirá de base para establecer que los servidores públicos que cometan el delito de instigación pública a delinquir tendrán una pena agravada.

Esto en consideración a que la Constitución Política del Estado Plurinacional se constituye en la ley fundamental de la organización del Estado y de los principios, derechos, garantías y declaraciones a favor de las personas. En ese contexto, la vida social de una nación moderna, democrática y eficiente necesariamente debe estar sostenida por dos principios esenciales que generalmente están contenidos en la Constitución y ellos son: el principio de legitimidad y el principio de legalidad; el primero significa en sentido amplio que los poderes públicos y las autoridades desempeñan sus funciones y ejercen su jurisdicción en virtud de los mandatos o nombramientos efectuados de acuerdo a la legislación vigente; el segundo se refiere a que estos poderes y autoridades deben enmarcar sus actividades a la normatividad aplicable a ellos.

a. Responsabilidad Penal

Significa que el servidor público, independientemente de las responsabilidades

²¹ Constitución Política del Estado, Editorial U.P.S. 2001, artículo 25, página 4.

²² Constitución Política del Estado, Editorial U.P.S. 2001, artículo 233, página 153.

citadas, está sujeto a sanciones que prevé el Código Penal, bien decía René Gutiérrez Vilaseca: que en el ejercicio de la función pública el agente por comisión u omisión puede cometer hechos y actos delictivos; definido por Edmundo Mezguer como “acción típicamente antijurídica y culpable” entre ellos puede mencionarse: el peculado, negativa o retardo de justicia, malversación, uso indebido de influencias, beneficios en razón del cargo, exacciones, etc., o también pueden incurrir los particulares contra la función pública, sujeto al conocimiento de la jurisdicción penal; a ese efecto sobre la base del informe legal se denuncia ante el Ministerio Público para que se imprima el procedimiento de la materia, conforme al Art. 34 de la Ley N° 1178 y otras normas reglamentarias como el capítulo VI del DS N° 23318-A.

Por otra parte, hay que señalar que es fundamental que se considere como agravante los casos en que el instigador a cometer un delito sea una servidora o servidor público. En ese contexto, “es importantísima la existencia de la responsabilidad penal de los funcionarios para evitar el abuso del poder sobre todo en la comisión del delito de instigación que afecta directamente a toda la sociedad”²³ ya que el ejercicio de la función pública debe estar ligado a la cualidad que deben tener las actuaciones de los servidores públicos para ajustarse a las normas de derecho que lo regulan.

En ese sentido, la transgresión del deber jurídico: “...es causal de responsabilidad y sanción, que puede ser emergente de acciones u omisiones, por dolo o culpa del servidor público; por otro lado, es necesario indicar que estas responsabilidades no son excluyentes, ya que un mismo hecho puede generar más de una responsabilidad....”²⁴Por tanto, la responsabilidad que tiene el servidora o servidora pública debe ser tomada en cuenta como agravante en el delito de instigación a delinquir puesto que actúan en nombre de las instituciones del Estado.

²³ MOSTAJO Machicado Max, Ob. Cit. Página 268.

²⁴Ibidem.

3.1.2 CÓDIGO PENAL VIGENTE

El Código Penal vigente aprobado mediante Ley N° 1768 de 1997, y modificado por Ley N° 2494 en cuanto se refiere al delito de instigación pública a delinquir se lo tiene establecido de la siguiente manera:

“Artículo 130.- (Instigación pública a delinquir) *El que instigare públicamente a la comisión de un delito determinado, será sancionado con reclusión de un mes a un año. Si la instigación se refiere a un delito contra la seguridad del Estado, la función pública o la economía nacional, la pena será de reclusión de tres meses a dos años*²⁵.

De la lectura del texto se puede determinar con palabras del Dr. Benjamín Miguel Harb que *“es un delito de pura actividad que se censura y sanciona aunque no haya resultado. La instigación es la inducción a un delito, el código exige que la acción sea pública, es decir dirigido a un número indeterminado de personas a través de cualquier medio, por discurso, radio, panfleto, distribuido etc. Y que aliente a la comisión de un delito determinado, es decir: de una figura penal en concreto o de varias figuras aunque no se las llame por su nombre pero que coincidan con el tipo. Este siempre es un delito doloso no puede darse en forma culposa, es de hacer, debe haber voluntad.*

*El código diferencia la gravedad de la sanción, pues si la sanción es para cualquier delito se sanciona con un mes a un año, pero si se dirige a provocar la comisión de delito contra la seguridad del Estado, la función pública o la economía nacional se aplica una pena mayor que es la de reclusión de tres meses a dos años*²⁶.

²⁵ Código Penal Boliviano, artículo 130, página 15

²⁶ HARB Miguel Benjamín, “Código Penal Boliviano con las Reformas y Leyes Conexas”, Librería Editorial Juventud, La Paz – Bolivia, 2002, Página 118.

Se quiere hacer énfasis en la segunda parte de este artículo que es la agravación cuando la instigación se refiere a instar para que el delito tenga por objetivo la seguridad del Estado, la función pública o la economía nacional, debido a que los efectos en estos casos son más perjudiciales y graves que en los otros, porque puede el acto llevar incluso a que se incurra en algunos casos en rebelión y otros señalados en los delitos contra la seguridad interior del Estado, la Economía Nacional o la marcha de la administración, como cuando públicamente a través del discurso se trata de motivar a la opinión pública o a un número determinado de personas a desconocer a una autoridad.

Por otra parte, éste precepto concuerda con el artículo 45 del Código Penal, cuando se refiere a la participación criminal, se expresa en los siguientes términos: "Los que tomen parte en la ejecución del hecho o prestaren al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuáles no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida por el delito, en la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo. Este último concepto es el que configura la autoría por instigación a por inducción, no sólo considera autores a "los que toman parte directa en la ejecución del hecho", sino también a "los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo"

Entonces, sumado a ello cuando se tratará de un servidor o servidora pública, se considera necesario agravar la pena, siendo que se trata de autoridades que representan al Estado, y que cumplen funciones que deben ir acorde a la búsqueda del bien común y del bienestar social, contrariamente a este hecho un servidor o servidora pública que instigare a cometer un determinado delito, se debe considerar su punibilidad con mayor dureza.

Ahora bien, el artículo 130 del Código penal concuerda con el artículo 22 que claramente expresa *"Es instigador el que dolosamente determina a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso. Sera sancionado con la pena prevista para el autor del delito"*, la característica fundamental, de este precepto es de

considerar al instigador como ejecutante directo, e intencional del hecho a ser cometido. Aunque se ha sostenido que esencialmente la conducta prohibida la constituye un acto de instigación, con las mismas características de la figura genérica de instigación del art. 22 del Código Penal es una afirmación no del todo exacta, puesto que el art. 130 parágrafo 1, no exige que sea una instigación a una persona determinada.

Otro aspecto que se debe considerar de la instigación, es la seriedad de la excitación en orden a la perpetración del delito, lo cual deja fuera de ella el simple consejo o la mera incitación subjetiva y estableciendo que el autor posea, efectivamente la voluntad de que alguien cometa el delito; esto permite, a su vez, excluir del tipo las manifestaciones accidentales, en que aquella voluntad no se pueda considerar presente. Ahora bien, tratándose de un servidor o servidora pública esta conducta es más seria siendo que se trata de personas que ejercen de alguna manera potestad frente a un grupo indeterminado de personas al cual ellos se dirigen, por lo que su actuar debe estar limitado también en este tipo penal de manera específica y agravada.

Por otra parte, es importante señalar algunas de las características fundamentales de este delito:

3.1.2.1 Características Fundamentales del Delito de Instigación

Como se ha manifestado este delito es de carácter formal porque requiere por parte del instigador la voluntad de determinar a alguien a la comisión de un delito, es un delito de carácter autónomo que tiene las siguientes características:

a) La instigación a la comisión de un delito determinado.

Es necesario que la instigación sea para la comisión de un delito determinado, a lo que Soler señala que "*un delito no quiere decir una figura delictiva, sino un hecho*

determinado, no basta en general hablar del robo sino que es preciso instigar a la comisión de cierto robo o de cierta pluralidad de robos determinados”²⁷.

b) La publicidad

Existe la exigencia de Publicidad, ya que se da una exigencia expresa de publicidad de la instigación, requisito cuya eliminación en la figura penal, suscitaría dudas, opiniones contra propuestas y ofrecería serias dificultades para la distinción de esta instigación con la prevista por la Parte General. Tal exigencia requiere que la conducta sea la instigación a la comisión de un delito determinado, más no dirigida a una determinada persona, sino formulada de un modo que le dé aptitud para alcanzar a un número indeterminado de personas, es decir a una generalidad.

Opina, MANZINI que en la instigación la publicidad no es una condición de punibilidad, sino un verdadero elemento constitutivo de la figura y como tal debe estar comprendido dentro del dolo del autor, es decir, que éste, además de instigar a la comisión de un hecho determinado, ha de saber que lo hace públicamente y en ese sentido si una instigación privada se hiciese pública por medio de un micrófono ignorado del autor, no existiría delito. Por lo contrario si el sujeto activo tiene conciencia de que su instigación es pública resulta irrelevante que subjetivamente la dirija a una persona determinada que suponga ha de acogerla, y añade que lo decisivo es que se haya instigado con ciencia de hacerlo públicamente; es decir en la peligrosa posibilidad de que alguien acoja la instigación. Dadas esas condiciones es indiferente el medio de publicidad pudiendo serlo la tribuna, la prensa, el teatro, etc., pero será siempre necesario cierto grado de indeterminación en los destinatarios. El número de oyentes no es decisivo. Ejemplificando advierte que si en un lugar privado se reúnen diez

²⁷ SOLER Citado por Moncayo Flores José “Comentarios al Código Penal”, La Paz – Bolivia, 2001, Última Edición, página 96.

personas individualmente determinadas y una de ellas a puertas cerradas, las instiga a cometer un delito, no hay instigación pública, mientras que la habrá si perora en una plaza pública, escuchado por cinco transeúntes.

Conforme a lo expuesto anteriormente entre los autores existe discrepancias para la determinación de la pena correspondiente al delito de instigación pública, cuando la instigación es recogida y ejecutada por tercera persona.

c) La seriedad de la instigación

A este respecto, Carrara manifiesta textualmente que: *“las palabras escritas o dichas no tienen vida propia y absoluta su vida se modifica según la intención de quien las profiere; el discurso que exteriormente suena como provocación a un delito, puede no agotar las condiciones de la criminalidad cuando es proferido con intención buena o inocente.”* Por lo que se aclara que debe haber una seriedad, un deseo doloso de instigar, no burlescamente sino de manera seria.

3.1.2.2 Otras consideraciones respecto al delito de instigación pública a delinquir.

Al no interesar en ésta figura penal, la comisión del delito al que se incite, el sujeto activo, es la persona que lleva a cabo la instigación para que otra delinca. El sujeto pasivo, es la seguridad pública, pues el fin de toda norma, cualquiera que ésta sea, es la de garantizar la tranquilidad y el orden público.

La antijuridicidad, radica en el hecho de la incitación a la comisión de un delito, la que debe ser pública y directa.

En cuanto al objeto de la instigación, se puede decir que es la comisión de un delito determinado contra una persona o institución. Lo instigado debe ser pues, la comisión de un delito, con la cual queda excluida la instigación de contravenciones. No importa la especie del delito (salvo los culposos, que por la particular naturaleza de su subjetividad no pueden ser instigados), ni el carácter de

las acciones por medio de las cuáles puede ejercerse el juspuniendi (pueden ser delitos de acción pública ejercitable de oficio o dependientes de instancia privada o pública) ni su naturaleza jurisdiccional (también quedan comprendidos los delitos militares). Debe ser además, un delito determinado, lo propuesto en la instigación debe ser, pues la comisión de un hecho concreto, el autor debe dirigir la instancia al ataque de un determinado delito.

Por otra parte, se considera fundamental tomar en cuenta el estudio del servidor y servidora pública, ver las funciones del mismo, la teoría que lo respalda para tener un conocimiento sobre la importancia que tiene el modificar el artículo 130 del Código incluyendo como agravante de delito de instigación cuando el sujeto activo sea una servidora o servidor público.

3.2 DEL SERVIDOR PÚBLICO

El servidor público, es todo aquel que en virtud de designación especial y legal y de una manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando ésta se dirige a la realización de un fin público actividad jurídica o social. (Es necesario advertir que los conceptos y las definiciones sobre funcionario varían tanto en las doctrinas o escuelas, como en su acepción legal).

Al respecto el Dr. Mostajo expresa que son servidores públicos: “... *todas las personas que realizan o que contribuyen a que se realicen funciones administrativas propiamente dichas por cualquiera de los tres órganos esenciales y secundarios del Estado*”²⁸

También se dice en el Derecho Comparado como: agente, funcionario o empleado público de acuerdo al análisis doctrinal y la legislación del país están

²⁸ MOSTAJO, Machicado Max, “Apuntes para la reinención del Derecho Administrativo Boliviano” 2º Edición, Temis, La Paz – Bolivia, 2004, Página 239.

comprendidos en el concepto de servidor público que son todas las personas que realizan o contribuyen a que se realicen funciones administrativas propiamente dichas por cualquiera de los tres órganos esenciales del Estado.

Por su parte, La Ley N° 2027 en su artículo 4, hace referencia al servidor público como aquella persona individual, que independientemente de su jerarquía y calidad, presta servicios en relación de dependencia a una entidad en el ejercicio de sus funciones, lo que implica que sus actuaciones independientemente de ser personales, lo realizan en representación del órgano o institución del Estado.

Esta definición es adoptada en la presente investigación, puesto que la responsabilidad por la función pública está vinculado con el sujeto principal de un acto, protagonizado por el servidor público, que en ejercicio de sus funciones puede cometer contravenciones a la normatividad vigente y ser sujeto de responsabilidades. Sin embargo, al ser un servidor público, pues actúa en nombre de los órganos e instituciones del Estado, su consideración para el caso del artículo 130 (instigación pública a delinquir) requiere mayor puntualización sobre el sujeto activo.

3.2.1 Función y Servidor Público

El vocablo “función” deriva de la voz latina *functio – onis*, pertenece a la misma raíz del verbo *fungor o fungir*, que significa tanto como cumplir, ejecutar, o desempeñar. La función pública, es de carácter teológico como el conjunto de actividades jurídico técnicas del Estado efectuados por los servidores públicos. De éste modo, *“la función pública o si se prefiere la función política o la función estatal cobra una amplitud omnicomprendensiva como ejercicio de todas las potestades para la convivencia normada cumplida por todo los órganos y en sentido restringido se limita a las actividades esenciales y propias de la*

*administración pública y propia del poder ejecutivo*²⁹. Entonces, por la trascendencia que tiene el vocablo de función pública (término que ya no se utiliza) se tiene que es una persona que tiene potestad y por ende su responsabilidad debe tratarse de manera especial con la del ciudadano que no ejerce ningún cargo ni que representa al Estado en ninguna de sus funciones.

3.2.2 Teoría general del servicio público

Jeze,³⁰ uno de los pioneros en la construcción del concepto de servicio público como, en general toda la denominada Escuela de Burdeos, indica que en todos los países civilizados, la administración pública tiene por misión **satisfacer las necesidades de interés general: defensa nacional**, policía, justicia, tránsito, etc., Por su parte Garrido entiende que el interés público no solo justifica la actuación administrativa por vía de coacción o de fomento sino que puede exigir que la Administración aparezca como titular de una actividad fundamental consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados³¹

El hecho de que la administración pública realice actos diferentes a los de la Policía y fomento no es suficiente para poder definir conceptualmente el servicio público, no hay una tesis compartida o una doctrina pacífica que defina a fin de cuentas que venga a ser un servicio público. La doctrina francesa encabezada por Duguit y secundada por Jeze, promueve un concepto amplio del servicio público, que convirtió el mismo en el eje del Derecho Administrativo hasta el punto de que

²⁹ ESCOLA, H. Jorge, Ob .Cit, página 370 -371

³⁰ JEZE, G. "Principios fundamentales del Derecho Administrativo" Tomo II, Buenos Aires – Argentina, 1949, Página 3 y ss.

³¹ GARRIDO FALLA, F. "Tratado de Derecho Administrativo", 9º Edición, Tomo II, Madrid, 1985, Página 267.

“toda actuación administrativa devendría así actuación de servicio público...”³²

3.2.3 Responsabilidad de los servidores públicos

La responsabilidad en general es entendida como la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por autoridades, funcionarios o servidores públicos, pero que esta es de diversos tipos ya sea penal, civil, administrativa, política o laboral. Por otra parte, como concepto vulgar se considera la obligación de reparar y satisfacer la indemnización debida a causa del daño producido.

Dicho de otra forma, cualquier falta cometida por empleado en el desempeño de sus funciones los hace responsable administrativamente, sin perjuicio de que pueda originarse además una responsabilidad civil o penal³³. Ahora bien, se alude a “las responsabilidades de los servidores públicos”³⁴

Responsabilidad es la aptitud e idoneidad para responder por los actos u omisiones en el ejercicio de la función pública. Por lo tanto, la responsabilidad por la función pública es la obligación que emerge a raíz del incumplimiento de deberes y atribuciones asignadas a todo servidor público de desempeñar sus funciones con eficacia³⁵, eficiencia, economía, transparencia y licitud.³⁶

³² GARRIDO FALLA, Ob. Cit. Página 272

³³ FRAGA, Gabino, “Derecho Administrativo” Vigésimo tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1984, página 169

³⁴ Resulta deseable que esta denominación de servidores públicos en lugar de funcionarios, contribuya no sólo a desterrar la prepotencia, negligencia y desdén con que suelen conducirse diversos servidores públicos de cualquier nivel, sino a hacer conciencia en la propia comunidad sobre la función de servicio que los mismos desempeñan y la convivencia de exigirles el estricto cumplimiento de sus obligaciones, así como el correspondiente respeto a los derechos e intereses de la sociedad en general.

³⁵ La eficacia, consiste en el logro de los objetivos propuestos o metas programadas en el tiempo previsto para beneficio de la gestión pública, de modo que si el Estado incurre en responsabilidad, esta debe ser determinada de manera eficaz y oportuna. En ese entendido el Glosario de Auditoría Gubernamental lo define como el logro de objetivos propuestos o de las metas programadas o de los resultados deseados por una entidad, unidad, programa, proyecto, operación o actividad (Contraloría General de La República, Glosario de Auditoría Gubernamental, Ed. C.G.R. La Paz – Bolivia, 2002, Página 33).

3.2.3.1 Características de la responsabilidad

La responsabilidad puede generarse por actividad ilícita del Estado o en su defecto por actividad ilícita de naturaleza contractual o extracontractual donde abarca todos los daños ocasionados por este a través de sus órganos y/o instituciones en el ejercicio de la función pública, por lo que comprende tres ámbitos de la administración pero también a sujetos particulares que se hallan en el ámbito de la función administrativa, de ahí que puede distinguirse objetivamente.

- a) Un actuar ilícito.- Que significa la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del Estado en su actividad formal, es decir, a través de actos administrativos.
- b) Por su actuación lícita.- Referido a las limitaciones del derecho de propiedad por expropiación, es decir, las limitaciones por razones urbanísticas entre otros.
- c) Por inactividad.- Este aspecto se da por las omisiones o abstenciones de los órganos e instituciones estatales respecto a sus obligaciones.
- d) Por actividad contractual.- Implica los contratos administrativos que realiza el Estado a través de sus órganos y/o entes públicos.
- e) Por falta o funcionamiento anormal del servicio.- Es decir, que no presta de manera general, regular y continua un determinado servicio al que se encuentra obligado, el Estado no cumple su obligación de satisfacer la necesidad colectiva, la finalidad del servicio público. Un supuesto de este tipo de responsabilidad puede ser: daños accidentales causados por obras públicas o inmuebles cuya administración y mantenimiento están bajo custodia del Estado.

³⁶ D.S. 23318 –A, Artículo 3

En resumen, la responsabilidad de los funcionarios debe consagrarse como pieza de un sistema que conjugue los diversos valores que concurren en esta cuestión (moral pública, justicia, jerarquización de la función y eficacia administrativa³⁷), para hacer que el objetivo de una buena administración, similar a la que tienen los países civilizados del mundo, pueda ser algún día realidad para bien de todos. Ahora bien, respecto al tema estamos refiriéndonos a la responsabilidad penal que tenga el servidor o servidora pública cuando instigue a delinquir, siendo que se trata como ya se ha manifestado de una persona que tiene autoridad, y que ejerce funciones las cuales deben ir siempre en bienestar, por lo que si se ocasionase la vulneración de la tranquilidad pública debe ser sancionada de manera agravada.

3.2.4 El poder disciplinario de la administración pública y el poder sancionador del Estado

La administración pública tiene a su cargo el funcionamiento de los servicios públicos y de los servicios administrativos. Para mantener la unidad, el orden y la regularidad de los mismos se dispone del poder disciplinario llamado también derecho penal disciplinario. Este poder implica un régimen de sanciones que tutelan la organización y el orden interno de la administración y sus propios actos jurídicos.

El poder disciplinario se aplica a todos los funcionarios y empleados de la Administración pública. Es en el cuadro interno de la misma en el que opera este poder, su finalidad es sancionar las infracciones que se cometan por acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones o deberes o impidan la mejor organización de un servicio público.

³⁷ El tratadista Manuel Osorio, define al término de eficacia como: *“El logro de la conducta prescrita; en la concordancia entre la conducta por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos al orden jurídico. La importancia de la eficacia reside en que un orden jurídico solo es válido cuando es eficaz, el orden jurídico que no se aplica deja de ser tal”*, Ob. Cit. Página 235.

La administración está capacitada para sancionar a quienes infrinjan las leyes y reglamentos que regulan el ejercicio de la función administrativa. Las decisiones concretas imponiendo sanciones constituyen los actos punitivos, esa potestad de la administración para imponerlas, otorgada a veces por textos legales expresos y otras veces deducidas implícitamente de sus poderes jurídicos propios, es una realidad que se constata en los regímenes jurídicos modernos, del cual Bolivia también debe ser parte.

3.3 LA INSTIGACIÓN PÚBLICA A DELINQUIR EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

3.3.1 CÓDIGO PENAL DE ECUADOR

El Código Penal de Ecuador establece la figura la instigación a delinquir de la siguiente manera:

Art. 362: El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, y cuando el instigador no puede ser considerado legalmente como correo, será reprimido, por la sola instigación, y aunque el delito no se hubiese perpetrado, con prisión de quince días a dos años, según la gravedad del delito instigado.

La instigación en la participación criminal supone la excitación o refuerzo de la resolución que otro tiene, de cometer un delito. Anima, impulsa o estimula, aportando motivaciones determinantes que destruyen las últimas resistencias inhibitorias del instigado. En este caso preexiste la decisión en el sujeto activo que sucumbe al influjo del instigador.

3.3.2 CÓDIGO PENAL DE ARGENTINA

El Código Penal de Argentina en su artículo 209 establece la figura de la

instigación pública bajo el siguiente texto:

Artículo. 209 señala: El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

Artículo 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Artículo 41 bis.- Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

Artículo 41 Ter.- Las escalas penales previstas en los artículos 142 bis y 170 de este Código podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo

respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento.

En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho (8) a quince (15) años. Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen.

Artículo 41 quater.- Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

En otros términos: La instigación del artículo 209 constituye delito por si misma, en tanto que la instigación del artículo 45 únicamente es punible si ha servido para inducir a otra persona a la efectiva realización de un delito determinado. El instigador hace surgir en el que ejecuta el delito, el propósito criminoso que antes no tenía. El determinador, es el que exista o refuerza en otro, que ejecuta el delito, un propósito criminoso que el agente ya tenía. Su sanción no precisa que la instigación se efectivice. Si el delito a que se instiga se comete, será responsable el instigador por la instigación y por la comisión del hecho, si participa en su ejecución.

3.3.3 CÓDIGO PENAL DE URUGUAY

Establece el tipo penal de la instigación pública a delinquir en su título III delitos contra la paz pública en su artículo 147 de la siguiente manera:

Artículo 147 (Instigación Pública a Delinquir)

El que instigare públicamente a cometer delitos, será castigado por el solo hecho

de la instigación, con pena de tres a veinticuatro meses de prisión.

Si la instigación se refiere a un delito contra la seguridad del Estado, la función pública, la economía nacional y la defensa del Estado, la pena aplicable será de veinticuatro a ochenta meses de prisión.

3.3.4 CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA

El Código Penal de Venezuela establece la instigación a delinquir en su capítulo II en los artículos 283, 284 y 285 bajo el siguiente texto:

Artículo 283. Cualquiera que públicamente o por cualquier medio instigare a otro u otros a ejecutar actos en contravención a las leyes, por el solo hecho de la instigación será castigado:

- 1. Si la instigación fuere para inducir a cometer delitos para los cuales se ha establecido pena de prisión, con prisión de una tercera parte del delito instigado.*
- 2. En todos los demás casos, con multas de ciento cincuenta unidades (150 U.T.) según la entidad del hecho instigado.*

Artículo 284. En el caso indicado con el numeral 1 del artículo 283, nunca podrá excederse de la tercera parte de la pena señalada al hecho punible a que se refiere la instigación.

Artículo 285. Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o hiciere apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de tres años a seis años.

CAPÍTULO IV

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 130 DEL CÓDIGO PENAL INCLUYENDO A LA SERVIDORA Y/O SERVIDOR PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO CON PENA AGRAVADA

En el presente capítulo se establecen los fundamentos que ponen énfasis sobre la necesidad de incluir en forma clara y expresa a la servidora o servidor público en el tipo penal de instigación pública a delinquir con la agravante en razón de su cargo

4.1 Fundamentos Sociales

Tomando en cuenta los resultados de las encuestas realizadas en instalaciones del Ministerio de Justicia, y la Universidad Mayor de San Andrés a Docentes de la Materia de Derecho Penal, se pudo determinar lo siguiente:

- **Primero.-** Un 70% de los encuestados manifiesta su conformidad en que el delito de instigación pública a delinquir, debe contar con la agravante en el caso de tratarse como sujeto activo del delito del servidor o servidora pública, por la función y responsabilidad que ellos tienen para con la sociedad.
- **Segundo.-** Un 80% de los encuestados afirma que de sancionarse la instigación pública específicamente hacia el servidor o servidora pública, limitaría de cierta manera el lenguaje utilizado por ciertos servidores públicos.
- **Tercero.-** Un 90% de los encuestados afirma que el tema que se presenta con esta monografía es interesante, toda vez que el servidor y la servidora

pública deben tener presente que su condición de funcionarios los hace pasibles a diferentes sanciones entre ellas la penal, para lo cual considerarán de mejor forma su “libertad de expresión”.

4.2 Fundamentos Jurídicos

Los fundamentos jurídicos que respaldan la propuesta de modificación al artículo 130 (instigación pública a delinquir) del Código Penal Boliviano son los siguientes:

- Tomando en cuenta que la Constitución Política del Estado Plurinacional, para la realización de sus objetivos necesita de una organización formal la cual es la administración pública que desarrolla actividades encaminadas al logro y satisfacción de los intereses generales como componente del Estado.
- Que, el artículo 232 de la Ley Suprema claramente señala entre sus principios la ética, transparencia, en el ejercicio de las funciones de las servidoras y servidores públicos.
- Que el artículo 25 establece que *Son obligaciones de las servidoras y los servidores públicos. 1 Cumplir con la constitución y las leyes* en su artículo 233 establece claramente a quienes se debe considerar como servidoras y servidores públicos de la siguiente manera: *“Son servidoras y servidores públicos las personas que desempeñan funciones públicas. Las servidoras y los servidores públicos forman parte de la carrera administrativa, excepto aquellas personas que desempeñen cargos electivos, las designadas y los designados y quienes ejerzan funciones de libre nombramiento”*.
- Asimismo, se debe tomar en cuenta que el artículo 235, en sus numerales 1, 2 y 4 establece que todo servidor público debe rendir cuentas sobre las responsabilidades, a lo cual debe sumarse la responsabilidad penal por el

delito de instigación valiéndose de su cargo.

- Que la instigación pública establecida en el artículo 130 del Código Penal establece *“el que instigare públicamente a la comisión de un delito determinado, será sancionado con reclusión de un mes a un año. Si la instigación se refiere a un delito contra la seguridad del Estado, la función pública o la economía nacional, la pena será de reclusión de tres meses a dos años”*, por lo cual se entiende que es un delito doloso, en el cual no tiene la agravante cuando el sujeto activo del delito sea una servidora y/o servidor público.
- Que el artículo 45 del Código Penal, establece que Los que tomaren parte en la ejecución del hecho o prestaren al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuáles no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida por el delito, en la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo. Este último concepto es el que configura la autoría por instigación a por inducción, no sólo considera autores a "los que toman parte directa en la ejecución del hecho", sino también a "los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo".

4.3 Fundamentos Filosóficos

Como fundamentos filosóficos de la propuesta se toma en cuenta los caracteres esenciales y los valores que debe tener todo servidor público.

El ejercicio del servidor público cuenta con caracteres inherentes y que ayuda a establecer la naturaleza jurídica de su relación con la administración del Estado, que son:

- 1) **Es de origen constitucional**, porque se fundamenta en la Constitución

Política del Estado componiendo la base o medio personal de la función pública; como servidores exclusivos de los intereses de la colectividad y no de parcialidad o de partido político alguno.

- 2) Es **estatutario**, por cuanto se regula por una ley especial como el “Estatuto del Funcionario Público” que contiene los derechos, deberes, incompatibilidades, garantías, como la carrera administrativa.
- 3) Es **voluntaria**, el ejercicio de la función pública no es impuesto coercitivamente por el Estado, más bien la persona solicita, concursa para el ingreso a la función, manifestando su voluntad de ejercerla.³⁸
- 4) El **cargo debe ser ejercido personalmente por el servidor público**, y no solo “detentar el cargo” en razón de ser órganos personas de la administración pública aunque no debe entenderse esto en forma absoluta ya que puede sustituirse sobre la base de la idoneidad del servidor.³⁹
- 5) La persona que ejerce como servidor público, hace de ella su medio de vida, permaneciendo mientras no incurra en faltas o hechos delictivos o mientras la administración no disponga otra situación jurídica, y solo tiene lugar en vida del funcionario, salvo honores y reconocimientos.
- 6) Solo pueden ser servidores públicos las personas físicas o naturales, advierte Zanobini; es temporal la duración como la retribución por los servicios prestados, las rentas y otros emolumentos que puede percibir *ad vitam*, no constituye una remuneración.
- 7) Toda relación de servidor público con el ejercicio de la función pública rige para el futuro, caso contrario deja de ser un funcionario *de jure*.
- 8) Tiene una investidura especial y legal, lo que implica, estar encuadrado en las Normas Básicas del Sistema de Administración del Personal integrando

³⁸El **ingreso**, puede hacerse directamente, por designación sin concurso y mediante ese procedimiento. **El concurso**, procedimiento que tiene ventajas e inconvenientes, debe ser serio y adecuado a la función o empleo. **La designación**, fundada en la idoneidad por títulos de competencia y antecedentes personales es superior al concurso. (Bielsa Rafael, Ob. Cit. Página 81)

³⁹ La base real de toda organización se encuentra en las personas que la componen. Por ese motivo hasta el mejor sistema del mundo fracasa si la Administración no cuenta con un mínimo de personal que sepa dirigir, ejecutar y controlar las tareas que se llevan a cabo en beneficio público. Esa aptitud para administrar se denomina “idoneidad”.

la jerarquía administrativa; con lo que quedan excluidos los funcionarios de facto y usurpadores de funciones.⁴⁰

Otros de los fundamentos filosóficos se lo encuentran en los Valores que debe tener todo Servidor Público

a) HONRADEZ

“Enfocado a la responsabilidad, esta se considera como la salvaguarda de los bienes públicos; los servidores públicos deben ser honrados en el manejo de tales bienes, en tanto que integren el patrimonio gubernamental. Pero también, tal honradez debe ser asumida en un sentido amplio, pues los bienes no solo de orden material, sino también subjetivos o inmateriales, que tienen significación económica y jurídica a la vez, que pueden ser respetados o lesionados en la medida en que se constituyen en posesiones o derechos y que las lesiones que se sufran en ellos pueden ser no únicamente materiales, sino también o solo exclusivamente morales”⁴¹.

b) LEALTAD

En este caso referente al tema, es la incorruptibilidad del servidor público, Daniel DiepDiep da su opinión al respecto diciendo que el servidor público está obligado con el Estado de tal forma que igual lealtad le debe a la dependencia oficial que le contrata para atender al pueblo como al pueblo mismo que finalmente es quien le paga, pues ningún gobierno del planeta produce algo por sí mismo, sino que todos dependen de la recaudación pública.

⁴⁰ MOSTAJO Machicado Max, Ob. Cit. Página 222

⁴¹ RODRIGUEZ Arana – Muñoz Jaime”Los principios de la ética Pública” Corrupción o Servicio, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, Página 76.

c) IMPARCIALIDAD

Siempre será la ecuanimidad juzgatoria, tanto al actuar como al decidir, por tanto, el servidor público debe actuar sin conceder preferencias o privilegios indebidos a organizaciones o persona alguna. La imparcialidad es la esencia de toda Constitución; el servicio público debe ser lo suficientemente imparcial como para justificar la acción gubernativa, para que esta instancia sea confiable para el gobernado. Por ello, es necesario que nuestros servidores públicos sean totalmente imparciales puesto que son quienes tienen el manejo del gobierno, así pues, en caso contrario, los gobernados no debemos tolerarlos, pues somos nosotros quienes aportamos para que reciban sueldo.

d) EFICIENCIA

Representa una virtud, facultad o acción conclusiva de generar y lograr resultados, de garantizar o hacer efectivos ciertos actos, de expresar habilidades, aptitudes, certezas o disponibilidades para hacer bien las cosas, e incluso cabe tomarla como poder, facultad o atributo de saber aprovechar bien dicha virtud.

Por tanto podríamos decir que es la conjunción de los cuatro elementos previos; toda vez que el servicio público debe ser ajustado a las leyes de manera honrada, leal e imparcial. En su sentido filosófico significa la correspondencia o adecuación de un instrumento a su función o de una persona a su tarea.⁴²

Por todos los fundamentos expuestos en la presente monografía, se hace necesario incluir a la servidora y/o servidor público como sujeto activo del delito de instigación pública a delinquir con pena agravada. Para lo cual se presenta la propuesta.

⁴² Cabe resaltar que en ningún momento ni la ley ni la Constitución Política del Estado definen cada uno de los valores que mencionan

CAPÍTULO V

CAPÍTULO V PROPUESTA

Ley No.

Evo Morales Ayma

Presidente Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia

Por cuanto el Honorable Congreso Nacional ha sancionado la siguiente Ley:

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Primero: Que la tranquilidad pública es un bien jurídicamente protegido por el Estado, el cual es de observancia obligatoria para todos los ciudadanos

Segundo: Que en la redacción del texto del artículo 130 del Código Penal, no se ha dispuesto como agravante cuando el sujeto activo del delito de instigación pública a delinquir sea una servidora y/o servidor público.

Tercero: Que es necesario que el anteproyecto se inspire fundamentalmente en que el servidor y servidora pública son personas que representan al Estado y a la sociedad, y que tienen entre sus obligaciones el cumplimiento de las leyes consagrado en el artículo 235 de la Constitución Política del Estado.

Por tanto:

La Asamblea Legislativa Plurinacional ha sancionado la siguiente ley

Resuelve: Modificar el artículo 130 (Instigación Pública a delinquir) del Código Penal debiendo incluirse como sujeto activo a la servidora y servidor público como agravante, debiendo quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 130.- (Instigación pública a delinquir). El que instigare públicamente a la comisión de un delito determinado, será sancionado con reclusión de un mes a un año. Si la instigación se refiere a un delito contra la seguridad del Estado, la función pública, o la economía nacional, la pena aplicable será de reclusión de tres meses a dos años.

La servidora y/o servidor público que instigare públicamente en la forma prevista en este artículo, será sancionado con privación de libertad de dos a cuatro años.

Regístrese, hágase saber y acordase

Pase al Poder Ejecutivo para fines constitucionales.

Es dada en la Sala de Sesiones del Honorable Congreso Nacional, a los once días del mes de marzo del 2014

Fdo.: Directiva del Congreso Nacional

CONCLUSIONES

Las conclusiones que surgen de la presente monografía son las siguientes:

1. La función pública es la actividad que desarrollan las personas naturales o jurídicas en interés general, que se encuentra en cabeza del estado y se realiza bajo principios constitucionales, legales y reglamentarios especiales. Asimismo, se concluye que la naturaleza jurídica de la función pública es Constitucional, porque es el Estado el encargado de cumplir los fines constitucionales y es legal porque se rige estrictamente bajo normas establecidas por el legislador, además es una actividad que debe ser realizada en aras del interés colectivo.

2. Instigar es determinar dolosamente a un hecho doloso (a través de influencia espiritual). Instigar es inducir, mover al delito; no es meramente proponer que se cometa, sino promover en cierta forma coactiva a ello, valiéndose de la excitación de las personas o de los instintos de la persona a quien se instiga. Entonces, el simple hecho de instigar públicamente a la comisión de un delito determinado configura, por sí mismo un delito aun cuando el acto criminal a que se instiga no haya tenido realización, ya que de haberla tenido, se estaría en el caso de la participación criminal sancionado con pena mayor.

3. La servidora y servidor público es una persona que brinda servicio de utilidad social. Esto quiere decir que aquello que realiza beneficia a otras personas, por lo que los servidores públicos por lo general, prestan servicios al Estado, siendo así las instituciones estatales las encargadas de hacer llegar el servicio público a toda la comunidad. En ese entendido entre sus obligaciones está el cumplir con lo prescribe la Constitución y las leyes tal como lo establece la Ley Suprema en su artículo 235.

4. La formación de la función del servidor público debe estar en el marco de los valores de honradez, honestidad, lealtad, y los principios que establece la Constitución de compromiso, ética, honestidad, más aun para con el Estado al que representan y la sociedad a la cual sirve, siendo que cuando los servidores

públicos provocan daño o lesionan valores protegidos (en este caso el bien jurídicamente protegido de la tranquilidad pública) la responsabilidad en la que incurren es penal y les serán aplicables las disposiciones y procedimientos de esa naturaleza, tal como lo manifiesta el Dr. Luis Humberto Delgadillo Gutierrez.

5. Los que tomen parte en la ejecución del hecho o prestaren al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuáles no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida por el delito, en la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo. Este último concepto es el que configura la autoría por instigación a por inducción, no sólo considera autores a "los que toman parte directa en la ejecución del hecho", sino también a "los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo". Entonces, sumado a ello cuando se tratará de un servidor o servidora pública, se considera necesario agravar la pena, siendo que se trata de autoridades que representan al Estado, y que cumplen funciones que deben ir acorde a la búsqueda del bien común y del bienestar social, contrariamente a este hecho un servidor o servidora pública que instigare a cometer un determinado delito, se debe considerar su punibilidad con mayor dureza.

RECOMENDACIONES

1. Al Gobierno Municipal de La Paz, establecer políticas educacionales dirigidas a las servidoras y servidores públicos, a fin de que se refuerce el fortalecimiento de la ética y el combate contra cualquier actividad delictuosa, que es su contrapartida, siendo que es un tema que ha pasado a constituir una de las preocupaciones centrales de nuestras sociedades y ha llevado a diversos gobiernos de América a crear instituciones nacionales encargadas fundamentalmente de prevenir actos que concluyan con delitos que pudiesen ocurrir.

2. Al Ministerio de Transparencia, crear una oficina de ética pública, las cuales ya son existentes en América en países como Argentina y Ecuador, entre las cuales guardan entre sí diversas e importantes similitudes y coincidencias. Se puede considerar, asimismo, que estas oficinas irían evolucionando en el tiempo a fin de perfeccionar los instrumentos con que cuentan para lograr el fortalecimiento de la ética en nuestro país.

3. A las unidades educativas, la realización de talleres sobre la importancia del respeto de los derechos y deberes en respeto de la sociedad en general, a fin de que se establezca en forma clara la importancia de preservar la tranquilidad pública, toda vez que la educación de nivel secundaria es la base de la universitaria de la cual se instruyen futuros servidores públicos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARGUELLO, Benavides Ularte, "Historia del Derecho Penal", Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 2008.
2. CASTILLO, Melanio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". Editorial San Marcos - Perú.
3. CUNOW Heinrich, "La organización del Imperio Incaico", Ediciones Curia, Barcelona España, 1993.
4. CREUS CARLOS, Jorge Eduardo Buompadre, derecho penal, parte especial T.2 7ma. Edición, Editorial Astrea, Argentina, 2008
5. DELGADILLO Gutierrez Luis Alberto, "El servidor Público" Buenos Aires Argentina, 1990.
6. ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. "Constitución Política del Estado". Febrero 2009. Gaceta Oficial de Bolivia.
7. FIX – ZAMUDIO Héctor, "La responsabilidad de los servidores públicos en el Derecho Comparado", Editorial Porrúa, México, 1984.
8. FRAGA Gabino "Derecho Administrativo" Vigésimo tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1984.
9. GARRIDO FALLA, F. "Tratado de Derecho Administrativo", 9º Edición Tomo II, Madrid, 1985.
10. HARB Benjamin Miguel, "Código Penal Boliviano con las reformas y leyes conexas", Librería Editorial Juventud, La Paz – Bolivia, 2002.

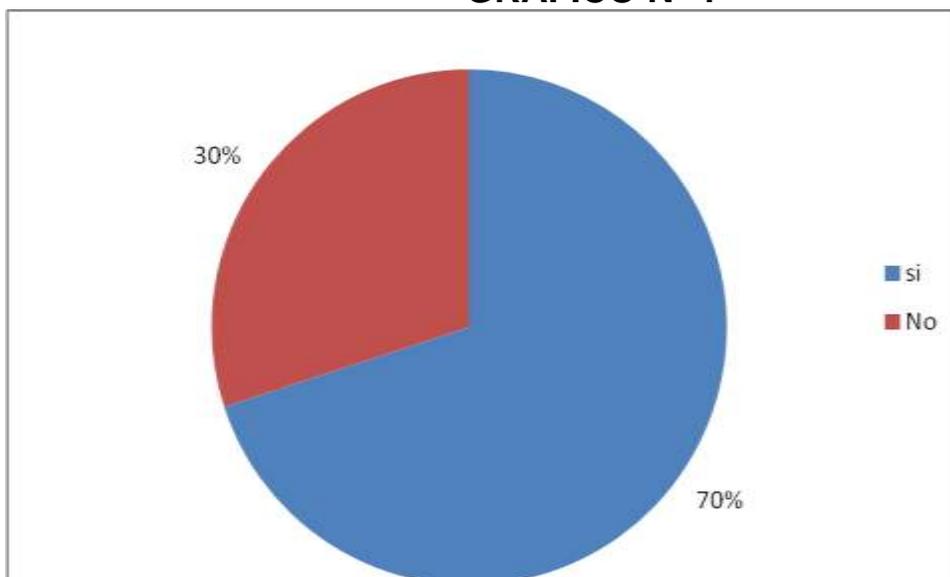
11. JEZE G. "Principios fundamentales del Derecho Administrativo", Tomo II, Buenos Aires – Argentina, 1949.
12. MONCAYO Flores José, "Comentarios al Código de Procederes", Editorial S.R.L., Universitas 1982.
13. MOSTAJO Machicado Max, "Apuntes para la reinención del Derecho Administrativo Boliviano", 2º Edición Temis, La Paz – Bolivia, 2004.
14. OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Editorial Heliasta.
15. PAREDES Rojas Armando, "Código Penal Tomo II", Sucre – Bolivia, 2009.
16. REPÚBLICA DE BOLIVIA. "Código Penal" aprobado mediante la Ley No. 1768 de 18 de marzo de 1997.
17. RODRIGUEZ Arias Julio C., "Como administrar un país", Editorial Depalma, 1999.
18. WELZEL, Hans. "Derecho Penal Alemán". Editorial Jurídica de Chile. 3ra. Edición Castellana.
19. JIMENEZ DE ASUA, Luis < Principios del Derecho Penal "Editorial jurídica de Chile. 2da Edición.
20. VILLAMOR LUCIA, Fernando Derecho Penal Boliviano 4ta Edición.

ANEXOS

**ENCUESTA DIRIGIDA A AUTORIDADES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y
DOCENTES DE LA UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES.
(10 ENCUESTAS)
PREGUNTA Nº 1**

RESPUESTA	Usted considera que el delito de la instigación pública debe contar con la agravante en el caso de tratarse del servidor público como sujeto activo del delito.	%
SI	7	70
NO	3	30
TOTAL	10	100

GRÁFICO Nº 1

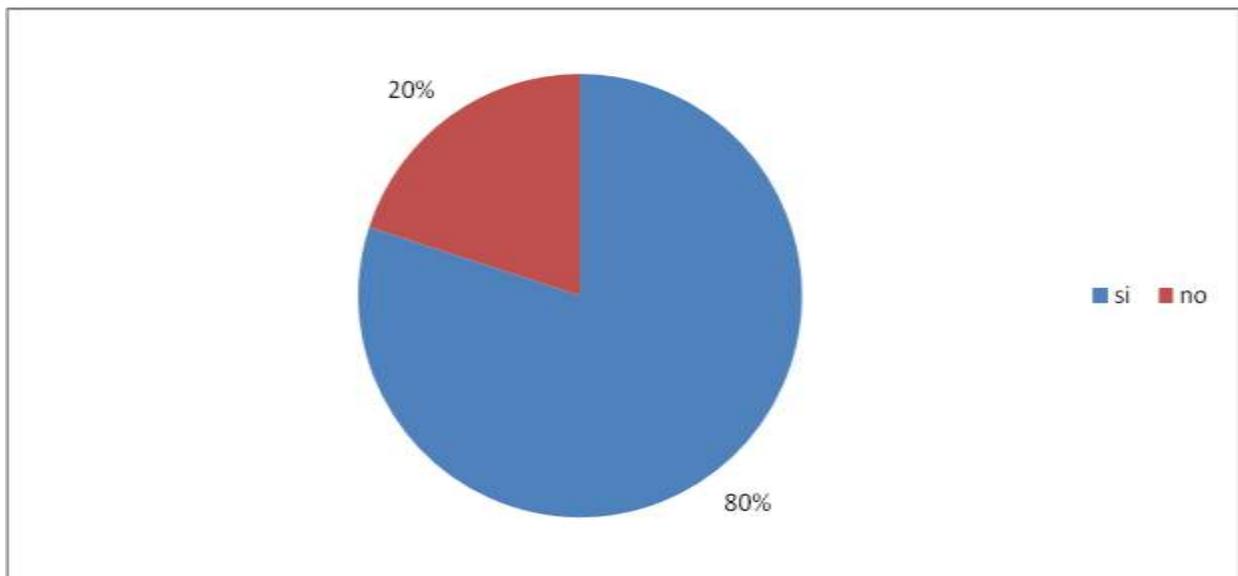


Fuente: Elaboración Propia

**ENCUESTA DIRIGIDA A AUTORIDADES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y
DOCENTES DE LA UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS.
(10 ENCUESTAS)
PREGUNTA Nº 2**

RESPUESTA	Usted considera que se limitaría el lenguaje de ciertos servidores públicos de sancionarse la instigación pública a delinquir	%
SI	8	80
NO	2	20
TOTAL	10	100

GRÁFICO Nº 2



Fuente: Elaboración propia

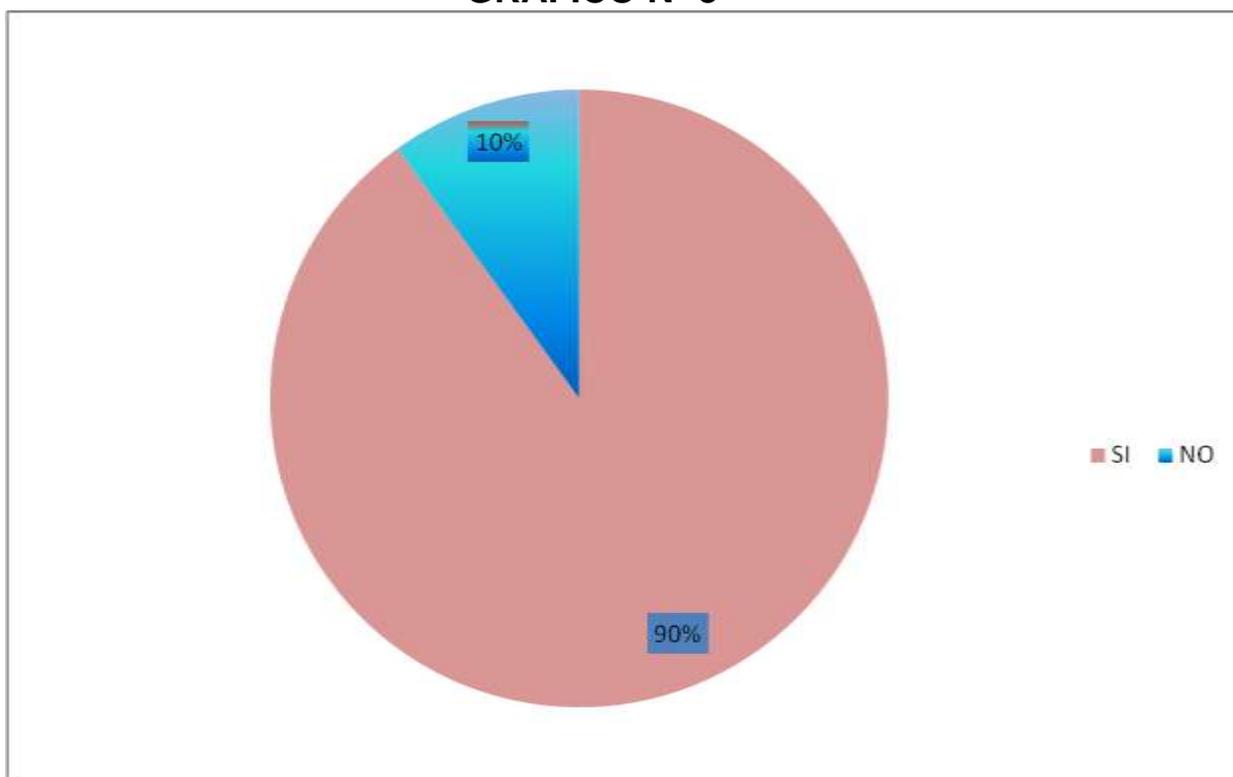
**ENCUESTA DIRIGIDA A AUTORIDADES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y
DOCENTES DE LA UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES.**

(10 ENCUESTAS)

PREGUNTA Nº 3

RESPUESTA	¿Usted considera interesante el estudio de la presente monografía?	%
SI	9	90
NO	1	10
TOTAL	10	100

GRÁFICO Nº 3



Fuente: Elaboración propia