

EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE SERVIDORES PÚBLICOS Y DE PARTICULARES EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

Ciro Añez Núñez¹

SUMARIO

I.- El enriquecimiento ilícito. II.- El enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al estado. III.- La responsabilidad

¹ Abogado, Máster en Derecho Procesal Penal (programa desarrollado con profesores de la Universidad de Valencia, España) y Especialista en Derecho Constitucional y Procesos Constitucionales (programa desarrollado conjuntamente con profesores de la Universidad Carlos III de Madrid, España) por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (U.A.G.R.M.), Bolivia. Doctorando en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Mayor San Andrés (programa desarrollado conjuntamente con profesores de la Universidad de Valencia, España). Postgraduado en Arbitraje Interno e Internacional por la Universidad de Valencia, España. Postítulo en Derecho Tributario y Aduanero, Diplomado en Justicia Constitucional, título otorgado por la Universidad Privada "Domingo Savio" (Bolivia) y Universidad de Valparaíso (Chile). Postgraduado en Educación Superior y en Educación Virtual (aplicaciones de las TICs en la educación superior) por la Universidad NUR. Presidente Fundador de la Academia Boliviana de Derecho Penal, Económico y Empresarial (ABDPE), Miembro de número de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC) y miembro del Comité de Ética de ABEC, Presidente fundador de la Academia de Estudios de Derecho Procesal, Miembro de Amnistía Internacional, de la Sociedad de Estudios Geográficos e Históricos de Santa Cruz, de PEN Club Internacional, Gente de Palabra, Fundación para el Desarrollo Integral del Ser y la Asociación para la Democracia y el Desarrollo Sostenible. Autor de varios libros jurídicos y cuenta con más de un centenar de artículos publicados en más de veinte periódicos y en distintas revistas especializadas en los ámbitos jurídicos, de la economía y empresarial. Es Profesor y Coordinador de programa de Postgrado en la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno; Profesor de Postgrado de la Universidad Andina Simón Bolívar (Órgano Académico de la Comunidad Andina de Naciones); Proyectista y Coordinador del Módulo "Valoración Probatoria" para la Escuela de Jueces del Estado; profesor de postgrado de la Universidad Privada de Santa Cruz (UPSA); y, profesor de pregrado y postgrado en la Universidad NUR; su experiencia en docencia también se extendió en otras Universidades como ser: UDABOL, UPDS Univ. Domingo Savio (Tarija) y UNIFRANZ. Director del Estudio Jurídico *Ciro Añez* – Abogados- Web: <http://ciraonez.com> Email: ciraonez.com

penal de las personas jurídicas en Cruz. IV.- El Derecho Penal del Enemigo y la Ley "Marcelo Quiroga Santa Cruz" (retroactividad de la ley, juicio en rebeldía, etc.). V.- Algunos buenos hábitos para las empresas y las personas que buscan la prevención antes que los conflictos.

I.- EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Artículo 27. (Enriquecimiento Ilícito) de la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010 (Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigaciones de Fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz"). La servidora pública o servidor público, que hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.

a) Definición

El delito de enriquecimiento ilícito constituye el núcleo central de los delitos anticorrupción. Si bien para Bolivia es nuevo, para otros países como Argentina (art. 268 del Código Penal), la existencia de este tipo penal ya era una realidad años anteriores².

No debemos soslayar que el tipo penal de enriquecimiento ilícito también tiene su marco de referencia en la Convención Interamericana contra la Corrupción en 1996, la cual establece en su art. 9 que los Estados adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación el delito de enriquecimiento ilícito.

² En Argentina, la idea de diseñar un tipo penal que reprima la conducta de quienes se enriquecen a costas de la Administración Pública durante el ejercicio de la función pública fue gestada hacia la década de 1930. Es así que fueron surgiendo varios proyectos normativos, hasta que en el año 1964 fue introducida esta figura penal en el ordenamiento jurídico de aquel país.

En lo concerniente al tipo penal en examen, algunos Estados suscribientes en dicha Convención se ofrecieron a brindar asistencia y cooperación a los otros Estados Partes, de conformidad con el párrafo 3 del artículo IX de la Convención, hasta donde le permita su legislación interna. En ese sentido, se reconoció la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios públicos, y que cada Estado cuente con leyes penales para impedir o castigar tal conducta. En dicha oportunidad, Estados Unidos mencionó que sus leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras verdaderas, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones penales. También permite el enjuiciamiento de los funcionarios públicos del gobierno federal que han evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito, tal y como establece el artículo IX de la Convención, impone la carga de la prueba sobre el imputado, lo cual al ser incompatible con su Constitución y los principios fundamentales del sistema jurídico de este país.

Posteriormente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual fue adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 31 de octubre de 2003, advirtiendo los problemas y las amenazas que plantea la corrupción administrativa, los Estados partes signatarias (incluida Bolivia) señalan en el Preámbulo su convencimiento "*de que el enriquecimiento ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley*".

El art. 20 de la referida Convención, recomienda a cada Estado parte que analice la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesaria para tipificar el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público (servidor público) respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado.

Por lo expuesto, no cabe la menor duda la preocupación internacional que acaparó los actos irregulares cometidos en la administración pública, además de las nocivas consecuencias producidas por la corrupción estatal en el marco del desarrollo democrático y el respeto a las leyes; por lo tanto, la necesidad de tipificar el enriquecimiento ilícito en nuestro país, era ya un imperativo que debió concretarse años anteriores.

Ahora bien, el tipo penal, “enriquecimiento ilícito”, trae consigo un debate doctrinal sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de este delito, pues la mayor problemática es la presunción de ilicitud y la inversión de la prueba.

En tal sentido, existen dos corrientes bien definidas, los que defienden la constitucionalidad del delito y los que advierten un problema de inconstitucionalidad.

Entre los que sostienen la constitucionalidad de esta figura penal, se encuentran, por ejemplo: Carlos Creus, José Caballero y Fontán Balestra, éste último justifica la necesidad de esta norma y la redacción que se da al tipo penal de enriquecimiento ilícito, en el hecho de que los delitos de corrupción son ejecutados de modo subrepticio y astuto, sirviéndose el sujeto activo de personas interpuestas y de simulaciones. De esta manera, la falta de prueba podría dar lugar a absoluciones escandalosas e indeseadas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño en la función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes³; sin embargo, consideramos que no por ello, dejará de ser problemático el tipo penal desde una perspectiva constitucional en lo concerniente a la defensa de derechos y garantías constitucionales.

³ FONTÁN, C. *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 358.

Creus, por su cuenta, considera que el delito no resulta inconstitucional ya que la ley no consagra una presunción de ilicitud del enriquecimiento y por ende la inversión de la prueba en realidad consistiría en un deber de justificar el origen de dicho incremento patrimonial, para luego sancionar su incumplimiento⁴.

En cambio, Edgardo Alberto Donna, Julio César Castro, Julio Chiappini, Javier Esteban de la Fuente, Marcelo Sancinetti, etc., quienes consideran que el delito de enriquecimiento ilícito es definitivamente inconstitucional, pues vulnera los principios de legalidad, inocencia, el principio *nemo tenetur* (prohibición de declarar contra sí mismo), además de los derechos y garantías constitucionales, como el debido proceso, la defensa en juicio y la presunción de inocencia⁵.

En lo concerniente a nuestra legislación, si bien es plausible la intención del legislador en proteger los bienes jurídicos tutelados, sin embargo, es en la forma donde gravita la problemática de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que el tipo penal si bien tiene un carácter sustantivo, resulta que ésta incluye en sí misma, un aspecto procesal (adjetivo) contrario a la Constitución Política del Estado, relativo a la inversión probatoria (la cual lleva implícita la presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia), pues quien deberá probar y justificar que su incremento patrimonial no es desproporcional es el propio servidor público (imputado) y no así los acusadores.

El artículo 116-I de la Constitución, establece: “*se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado*”.

⁴ CREUS, C. *Derecho Pena*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 314.

⁵ DONNA, E. *Derecho Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 382.

Asimismo, el artículo 121-I de la Constitución Política del Estado, señala claramente que: *“en materia penal, ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o sus afines hasta el segundo grado. El derecho de guardar silencio no será considerado como indicio de culpabilidad”*.

Estos artículos constitucionales, son los que principalmente se ven vulnerados, al establecer la presunción de culpabilidad en el tipo penal, obligando al imputado que pruebe su inocencia.

Aquel criterio de que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de omisión, porque se sanciona el incumplimiento, manifestado por Creus, no guarda relación con los artículos constitucionales antes mencionados de nuestra legislación boliviana, pues suponiendo que el sujeto activo se hubiera enriquecido como consecuencia de un delito, al exigírsele que explique las causas o motivos de su aumento patrimonial, implica obligarlo a declarar contra sí mismo; y, por el contrario, de no hacerlo (si no declara) sería condenado por enriquecimiento ilícito, con lo cual resulta evidente que también se le coarta su derecho constitucional de guardar silencio, pues contradictoriamente a lo previsto en la Constitución (art. 121-I), dentro de un proceso penal por enriquecimiento ilícito el no declarar sería entendido como indicio de culpabilidad.

Aunque existan muchos escépticos, tarde o temprano, Bolivia deberá ingresar al debate doctrinal sobre la constitucionalidad o no del delito en examen, y tendremos que analizar el grado de fundamentación de los futuros fallos judiciales sobre esta temática y principalmente saber por cual postura finalmente se decantará tanto la justicia ordinaria como principalmente la constitucional.

Por otro lado, concerniente a la ubicación del tipo penal dentro de la norma penal sustantiva, para este caso, debiera asignarse el *“art. 144 Ter”* del Código Penal.

A continuación, continuaremos con el análisis dogmático del tipo penal.

b) Tipo objetivo

El tipo objetivo del delito de Enriquecimiento Ilícito, se compone de varios elementos de carácter normativo, a saber: 1) El sujeto activo del delito es el servidor público, no solamente porque la ley lo designe como único sujeto activo posible, sino también porque el objeto material del delito constituye sus ingresos y egresos, denominado presupuesto, mismo que el servidor público es quien obviamente tiene conocimiento por sus actos previos al ejercer el cargo público, durante el ejercicio de sus funciones públicas y posterior a ello; y 2) El sujeto pasivo del delito es el Estado, quien se ve mermado patrimonialmente debido al aprovechamiento y sonsacamiento de sus bienes por parte del servidor público inescrupuloso y corrupto.

En relación a este tipo penal la doctrina no es específica, mientras algunos autores lo entienden como delito de omisión (no poder justificar el incremento patrimonial), mientras que para otros, como Todarello⁶, señala que el delito debe expresarse como una figura comisiva, resultando innecesaria la previsión expresa del debido requerimiento de justificación, ya que el acusado contará con la posibilidad de explicar el origen del apreciable incremento patrimonial durante todo el curso del proceso, eso como lógica manifestación del debido proceso garantizándosele obviamente sus derechos y garantías constitucionales.

En ese sentido, la acción típica consiste en la conducta del servidor público de “enriquecerse” (figura comisiva) patrimonialmente de manera desproporcional e injustificada durante el ejercicio de sus funciones.

⁶ TODARELLO, Guillermo Ariel, *Corrupción Administrativa y enriquecimiento ilícito*, editorial Del Puerto SRL, Buenos Aires, 2008, p. 332.

De allí que es necesario contar con auditorias forenses donde se explique el balance general y los estados de resultados del patrimonio del servidor público antes, durante y después de haber ejercido la función pública, y para dicho efecto, requerirá cruzar la información, sobre lo declarado ante la Contraloría previo a asumir el cargo público, posterior a éste y los bienes adquiridos durante el ejercicio de sus funciones públicas y la ostentación patrimonial de éste.

c) Tipo subjetivo

Es solo punible la comisión dolosa, puesto que el sujeto activo tiene conocimiento del origen ilícito de su enriquecimiento.

d) El Bien Jurídico

El bien jurídico protegido no solo es el correcto desempeño de la Administración Pública, sino también, los intereses sociales e individuales son los que gravitan respecto al desenvolvimiento de la función pública.

Creus⁷, considera que este delito trata de prevenir aquellas conductas irregulares desplegadas por los servidores públicos que aprovechándose del cargo o función pública que desempeña, persiguen el aumento ilícito de su patrimonio.

En cambio, Caballero⁸, considera que el bien jurídico que se pretende tutelar es el interés social de toda la comunidad frente a la corrupción en la función pública y para que los servidores públicos sean capaces de justificar su enriquecimiento al ser requeridos, como una exigencia social y a la vez legal.

⁷ CREUS, C. *Derecho Penal...*, Ob. Cit., p. 312.

⁸ CABALLERO, J.S., *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos*, editorial La Ley, Sección Doctrina, 1997, p. 796.

La construcción dogmática de la noción del bien jurídico protegido, en la doctrina comparada, ha sido ardua, marcada por discusiones intensas puesto que el hecho punible tiene la naturaleza de ser un delito pluriofensivo cuya acción dolosa afecta tanto al patrimonio como el correcto y regular ejercicio de la función pública, tal como señala Hugo Álvarez⁹, quien hace hincapié en que es muy discutible hallar un bien jurídico, partiendo del carácter pluriofensivo del delito, considerando que no es el perjuicio del patrimonio del Estado, la destinación correcta de los bienes o caudales del Estado, tampoco la moral pública, sino el normal y correcto ejercicio de las funciones públicas por parte de los funcionarios o servidores públicos.

e) Consumación y sanción

Teniendo en cuenta que existen dos vertientes doctrinales que manifiestan que este delito es de omisión, mientras otros que es de acción, motivo por el cual, explicaremos la comisión del delito en ambos enfoques.

Para quienes consideran que es un delito de omisión, tal como señala Donna¹⁰, éste se consuma cuando transcurridos los plazos procesales pertinentes para el ejercicio de la defensa, el agente no justificó o en su defecto no justificó suficientemente el enriquecimiento patrimonial (lo cual constituye vulneración al derecho al debido proceso, seguridad jurídica, presunción de inocencia, entre otros derechos y garantías constitucionales más). Bajo esta postura, la tentativa es inadmisibles, puesto que se trata de una omisión.

Ahora bien, si el delito es interpretado en su forma comitiva (teoría a la cual me adscribo), se materializa en el momento en

⁹ HUGO ÁLVAREZ, J.B., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, Lima, editorial Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 236 y sgtes.

¹⁰ DONNA, E. *Derecho Penal...*, Ob. Cit., tomo III, p. 405 y 406.

que se produce el enriquecimiento, independientemente si el servidor público llega a justificar o no su enriquecimiento, dado que son circunstancias concernientes a la condición objetiva de punibilidad, la cual es ajena a la estructura típica, tal como lo señalan Todarello¹¹ y Fontán¹². En ese sentido, la tentativa no resulta punible pues frente a ello, no hay posibilidad de que sea menester el requerimiento para que el servidor público tenga obligatoriamente que justificar el supuesto enriquecimiento ilícito endilgado.

La sanción consiste en privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.

II.- EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES CON AFECTACIÓN AL ESTADO

Artículo 28.(Enriquecimiento Ilícito de Particulares con Afectación al Estado) de la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010 (Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigaciones de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”). La persona natural que mediante actividad privada hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos afectando el patrimonio del Estado, no logrando desvirtuar tal situación, será sancionada con la privación de libertad de tres a ocho años, multa de cien a trescientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.

¹¹ TODARELLO, G. *Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito*, Editores del Puerto, 2008, p. 319.

¹² FONTÁN, C. *Tratado de Derecho Penal...*, Ob. Cit., p. 879.

Incurrirán en el mismo delito y la misma pena, los representantes o ex representantes legales de las personas jurídicas que mediante actividad privada hubieren incrementado el patrimonio de la persona jurídica, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita; adicionalmente, la persona jurídica restituirá al Estado los bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una multa del 25% de su patrimonio.

a) Breve antecedente del delito (legislación comparada)

Este delito tiene como antecedente más cercano, la legislación colombiana, la misma que al encontrarse con graves problemas por el narcotráfico, lavado de activos y la narco guerrilla, tuvo la necesidad de establecer delitos como estos.

En Colombia dicho delito en sus inicios tenía vocación transitoria, pues su tipificación emergió mediante decreto¹³ a través de un estado de sitio en fecha 24 de agosto de 1989. Posteriormente, en fecha 3 de octubre del 1989, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al declarar la norma ajustada a la Constitución colombiana, señaló los requisitos de conexidad para el perfeccionamiento del delito, explicando claramente que el **“incremento patrimonial”** no es el producto de cualquier actividad delictiva, sino que solo él se genera en el delito de narcotráfico y sus delitos conexos¹⁴. Después, la Corte Constitucional¹⁵ señaló que el **“incremento patrimonial”** podría ser producto de cualquier actividad delictiva pero ésta debe necesariamente estar declarada judicialmente como tal (es decir mediante sentencias condenatorias ejecutoriadas) donde se demuestre que producto de

¹³ Decreto N° 1895 de 24 de agosto de 1989.

¹⁴ Sentencia de fecha 3 de octubre de 1989.

¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-127 de 1993.

dicha actividad ilícita el sujeto activo incrementó su patrimonio, esto para no violar el debido proceso. Actualmente sigue el debate doctrinal y jurisprudencial sobre los alcances de dicho delito y por ende, en algunos casos concurren ciertos cuestionamientos jurisprudenciales¹⁶.

En Colombia, el delito de “enriquecimiento ilícito de particulares” está penalizado en el Art. 327 del Código Penal Colombiano, bajo los siguientes términos: “*el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma de actividades delictivas incurra en prisión entre 6 y 10 años y multas correspondientes al doble del valor de incremento ilícito logrado sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

b) Problema en la tipificación

En nuestra legislación, si bien la disposición legal en estudio tendría su antecedente en la legislación colombiana, pero la diferencia es que el delito de “enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado” es bastante amplio; por lo tanto, no solo estaría dirigido para la lucha contra el narcotráfico, sino que además tendría un alcance general, tanto para todos los ciudadanos (personas naturales) y personas jurídicas (Ej.: empresas privadas, sociedades civiles y comerciales, fundaciones, asociaciones, etc.), así como para cualquier actividad que se encuentre bajo sospecha de ilicitud.

Si bien la existencia de este tipo penal es de suma importancia, puesto que es necesario para evitar la proliferación de actividades

¹⁶ La Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-319 de 1996, creó un debate doctrinario y duras críticas al insinuar que este delito es especial y autónomo.

ilícitas, como lo son el lavado de activos¹⁷, el narcotráfico y toda la cadena delictiva que ésta trae consigo; al haber sido redactado con demasiada amplitud en su definición, podría causar cierta incertidumbre hacia los ciudadanos, por lo que amerita que la Asamblea Legislativa¹⁸ (vía modificación y/o complementación legislativa) o a través del Tribunal Supremo de Justicia (vía jurisprudencia), establezca qué se debe entender por incremento desproporcionado del patrimonio; y por ende, la necesidad de la existencia de una actividad ilícita comprobada (mediante sentencia condenatoria ejecutoriada), la cual produjo el enriquecimiento desproporcionado.

En ese sentido, la no delimitación de lo que se debiera entender por “afectación al Estado”, podría generar una confusión de procesos de diferente naturaleza e índole, y consecuentemente motivar en los ciudadanos una sensación de incertidumbre y/o inseguridad jurídica. Por ejemplo: una determinada evasión impositiva de una empresa o de un negocio perteneciente a un particular, si no se establece el parámetro sobre lo que se entiende por incremento desproporcionado (explicado en el párrafo anterior) y afectación al Estado, en vez de seguir un proceso administrativo de fiscalización tributaria; por el contrario, mediante la aplicación de la Ley N° 004, podría ser reemplazado por un proceso penal, vulnerándose de esta manera los principios penales como ser la última ratio además de la garantía del debido proceso.

Cabe recordar que Colombia en un principio delimitó esta situación, señalando que las actividades ilícitas debían ser

¹⁷ El lavado de activo consiste en ocultar o encubrir la procedencia delictiva de capitales y valores económicos, introduciéndolos en la economía formal. Esta conducta es también conocida como lavado de dinero o blanqueo de capitales.

¹⁸ No sería correcto, permitir que la definición de incremento desproporcional del patrimonio quede al arbitrio del Poder Ejecutivo mediante decretos, pues los mismos pueden cambiar de criterios de medición y ponderación constantemente generando inseguridad jurídica.

establecidas mediante sentencias condenatorias ejecutoriadas (relacionadas al narcotráfico u otros delitos), donde se demuestre que producto de dicha actividad ilícita el sujeto activo incrementó su patrimonio, esto para no violar el debido proceso.

Teniendo en cuenta que el delito de lavado de activos en relación a nuestra legislación tiene cierta aproximación con el delito de “legitimación de ganancias ilícitas” previsto en el art. 185 Bis del Código Penal, con la finalidad de evitar una posible confusión de procesos y conflictos de competencia judicial en la aplicación del tipo penal examen, debiera vincularse el incremento desproporcional del patrimonio de los particulares con el delito de legitimación de ganancias ilícitas, mismo que como veremos más adelante ha adquirido la categoría de delito autónomo y a su vez es considerado un delito vinculado a la corrupción conforme lo establece la ley N° 004, y por ende guarda relación con otros delitos¹⁹, como ser: el tráfico de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de personas²⁰, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de órganos, tráfico de armas, delitos aduaneros; y, por ende, todas estas conductas ilícitas conllevan al enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado.

19 HINOSTROZA PARIACHI, Cesar, *El delito de lavado de activos*, Grijley, Lima, 2009, pp. 139-199.

20 La Organización Internacional para las Migraciones –OIM-, en la República Boliviana de Venezuela en el año 2007, realizó la Séptima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, emitió un informe titulado “la trata de personas en la región sudamericana” compilación de actividades realizadas por OIM y sus contrapartes, donde estableció que las formas más conocidas de trata humana son: trata con fines de explotación sexual, con fines de explotación laboral, con fines de explotación en la minería y trata con fines de la mendicidad ajena. La trata se puede dar tanto a nivel interno como internacional. Documento al cual nos remitimos en lo concerniente a trata de personas en nuestro país. Asimismo, amerita hacer notar que Bolivia ya cuenta con la Ley N° 3325 del 18 de enero del 2006 sobre Trata y Tráfico de personas y otros delitos relacionados, publicada el 20 de enero del 2006, donde señala la creación del capítulo V “Trata y Tráfico de Personas” del Título VIII “delitos contra la vida y la integridad corporal” del Código Penal, incorporándose los artículos 281 Bis, Ter y Cuater, correspondientes a los delitos de Trata de Seres Humanos (donde en el inciso b se incluye el tráfico de órganos), Tráfico de Migrantes y el delito de Pornografía y espectáculos obscenos con niños, niñas o adolescentes.

La justificación de esta propuesta consiste:

1. Que el lavado de activos o su equivalente en nuestra legislación a legitimación de ganancias ilícitas es cometido principalmente por particulares,
2. Que dicho delito a su vez conlleva una grave afectación al Estado por los recursos económicos que esta actividad ilícita genera, la cual afecta principalmente a la económica nacional, además de los muchos riesgos que de ella emergen, como ser: corrupción, inestabilidad política y social, inseguridad ciudadana generalizada²¹, etc.; y,
3. Porque el origen de este tipo penal, como hemos visto, estuvo siempre vinculado a los delitos de narcotráfico y lavado de activos.

De esta manera, todo particular que tenga sentencia ejecutoriada por la comisión de cualquiera de dichos delitos²²,

21 En la hemeroteca nacional e internacional, encontramos indicios de una nueva forma de lavado de activos, como ser el préstamo de dinero a particulares con o sin garantías y con un alto porcentaje de interés mensual. Esta situación es preocupante, porque un sector de la sociedad debido a la falta de pago por deudas contraídas, sin darse cuenta, con las mafias del narcotráfico, podría ser víctima de los abusos y la violencia. Por otro lado, cada vez más existen nuevas formas sofisticadas de lavado de activos, por ejemplo, el periódico “Excelsior” de México, el 18 de noviembre del año 2010, publicó que “el lavador del narcotraficante ya no es ese tipo de muy poca experiencia financiera y muy poca información, poco educado que llega con cuarenta anillos, Rolex, que se compra una Ferrari al segundo día, no, (...) hoy es un tipo sumamente educado financieramente, muy preparado, conoce los laberintos financieros mucho mejor que los propios banqueros”.

Esta afirmación corresponde al señor Gonzalo Vila, director de operaciones para Latinoamérica de la Asociación de Especialistas Certificados en Antilavado de Dinero (ACAMS, por sus siglas en inglés). Dicho experto, también alertó que uno de los peligros en México puede ser el tema de préstamos contra fondos ilícitos, es decir suscribir contratos de préstamo con una entidad financiera o con una sofome (en México, las sofomes son sociedades anónimas cuyo objeto social principal es el otorgamiento de crédito, y/o la celebración de arrendamiento financiero) y el dinero por el cual devuelve lo prestado, podría provenir de una actividad ilegal relacionada al narcotráfico.

22 Legitimación de ganancias ilícitas y los delitos vinculados a éste: tráfico de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de órganos, defraudación tributaria, delitos aduaneros y receptación.

donde se demuestre que producto de aquel ilícito penal se debe el incremento patrimonial desproporcionado será sancionado penalmente por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado.

No existe vulneración al principio *non bis in idem* porque para demostrar la causa del enriquecimiento ilícito del particular, ésta se encuentra vinculada a la actividad ilícita por la cual ha sido condenado; por lo tanto, resulta recomendable para el Ministerio Público iniciar una acción penal por concurso de delitos dentro de un mismo proceso penal, donde incluya al tipo penal en examen; y, por consecuencia la sentencia condenatoria incluirá al delito de enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado, agravando la pena del acusado.

Entiéndase que para nuestra legislación, un proceso penal implica la búsqueda de sanciones que afecten tanto la libertad (*penas privativas de libertad de tres a ocho años*) como el patrimonio del representante legal de una persona jurídica o de un particular, puesto que conlleva embargos de bienes con la posterior extinción del dominio de los bienes y activos²³; y, en el caso de las personas jurídicas (ej.: una empresa), la imposición de una sanción pecuniaria equivalente a una multa del 25% de su patrimonio.

Por el *quantum* de la pena establecida para este tipo penal, si un representante legal de una persona jurídica es imputado por dicho delito, de no reunir los suficientes elementos de convicción que demuestren que no concurren los riesgos de fuga y obstaculización, podría ser detenido preventivamente y contra la persona jurídica como tal, se podría imponer medidas cautelares reales que afecten a su patrimonio, como ser: embargos, prohibiciones, anotaciones

²³ Artículos 1, 3, 5-9 del Anteproyecto de Ley de Recuperación de Bienes Ilícitamente Obtenidos.

preventivas y retención de fondos (cuentas bancarias), lo cual podría afectar seriamente la operatividad, su normal desarrollo y su existencia mientras dure todo el proceso penal.

Por lo expuesto, es sin duda alguna necesario que este delito en examen sea delimitado en sus conceptualizaciones, pues a futuro podría ser criticada de ser represiva más que preventiva; cuando, como bien sabemos, ese no es el espíritu de esta importante norma penal.

c) Tipo objetivo

El tipo objetivo del delito de Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado, se compone de varios elementos de carácter normativo, a saber:

- i) El sujeto activo del delito es indeterminado, es decir el delito puede ser cometido por cualquier persona.

La ley penal como sujeto activo también incluye a los representantes o ex representantes legales de las personas jurídicas que mediante actividad privada hubieren incrementado el patrimonio de la persona jurídica, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita.

- ii) El sujeto pasivo es el Estado, porque aquel enriquecimiento ilícito desproporcionado del particular debe causarle una afectación.

Para que un enriquecimiento sea considerado ilícito es condición *sine qua non* que exista una actividad ilícita que la provoque; por lo tanto, aquella actividad ilícita es la que debe afectar al Estado, porque el sólo hecho de enriquecerse sin que exista ilicitud daría lugar a la inexistencia del tipo penal en examen.

Desde la perspectiva comisiva, la acción típica consiste en la conducta del particular de "enriquecerse" patrimonialmente de

manera desproporcional e injustificada, cuyo origen de dicho enriquecimiento es una actividad ilícita que afecta al Estado.

El hecho de que el particular no pueda justificar la procedencia de su enriquecimiento desproporcional corrobora la existencia de una actividad ilícita previa realizada por éste.

Como hemos manifestado, esta actividad ilícita debiera estar vinculada al delito de legitimación de ganancias ilícitas junto a los delitos fuentes de éste.

Para efectos de punibilidad, cabe señalar que el enriquecimiento ilícito es considerado desproporcionado en la medida que no puede ser justificado legalmente por el particular, teniendo en cuenta la propia ilicitud de la actividad que la genera.

Es decir, la imposibilidad de justificar legalmente aquel enriquecimiento conlleva a ser declarado “desproporcionado” teniendo en cuenta que el particular a través de sus ingresos legales obtenidos jamás podría conseguir a corto plazo las grandiosas y millonarias fortunas que éste posee en realidad.

La acción típica en el caso de los representantes de las personas jurídicas, consiste en la conducta del representante destinado a “enriquecer” patrimonialmente de manera desproporcional e injustificada a la persona jurídica a la cual representa; por lo tanto, toda persona jurídica para prevenir estas conductas ilícitas debiera contar necesariamente de políticas internas anticorrupción para todos sus trabajadores y el personal ejecutivo, donde se incluya al representante legal.

Cabe hacer notar que el artículo 20 de la Ley N° 062, de 28 de noviembre de 2010, dispone que a través de Decreto Supremo se establecerá el monto a partir del cual las operaciones de compra y venta de bienes y servicios, deben ser respaldadas con documentos reconocidos por el sistema bancario y de intermediación financiera

regulada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) y que la falta de respaldo mediante la documentación emitida por las referidas entidades, hará presumir la inexistencia de la transacción para fines de liquidación de impuestos. En otras palabras, no basta la simple entrega de facturas a la Administración Tributaria sino que dicha factura debe estar respaldado con el respectivo comprobante de pago.

El Artículo 41 de la Ley N° 062, dispone que el Artículo 20 de la citada Ley, estará en vigencia a partir de la gestión fiscal 2011.

El Decreto Supremo N° 772, de 19 de enero de 2011, establece como monto mínimo el importe de Bs. 50.000.- (Cincuenta Mil 00/100 Bolivianos), a partir del cual todo pago por operaciones de compra y venta de bienes y servicios, debe estar respaldado con documento emitido por una entidad de intermediación financiera regulada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), independientemente que la transacción sea efectuada al contado, a crédito o a través de pagos parciales, facultando además a la Administración Tributaria a reglamentar su aplicación.

En ese sentido, el Servicio de Impuestos Nacionales mediante la Resolución Normativa de Directorio N° 10.0011.11 de fecha 20 de mayo del 2011, reglamentó la aplicación del Decreto Supremo N° 772.

El artículo 3 inciso d) de la referida Resolución Normativa establece que por documento de pago se entiende cualquier medio fehaciente de pago que cumpla con la condición de ser emitido y/o reconocido por una entidad de intermediación financiera regulada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), tales como: Cheques de cualquier naturaleza, Ordenes de Transferencia Electrónica de Fondos, Transacciones por Débitos directos, Transacciones con Tarjetas de Débito, Transacciones con Tarjetas de Crédito, Transacciones con Tarjetas Pre-pagadas,

Cartas de Crédito, Depósitos en Cuentas, Transferencia de Fondos, la presente nominación es enunciativa y no limitativa.

El anexo 2 de la mencionada Resolución Normativa, establece claramente que quien no presente el documento de pago, será sancionado con la suma de 500 UFV y de acuerdo con los arts. 6 y 7 – I de dicha Resolución Normativa de Directorio N° 10.0011.11, la Administración Tributaria considerará dicha **factura** como **inexistente** para la liquidación de los impuestos.

Si el administrado cumple con la sanción administrativa (pago de la suma de 500 UFV), conforme al principio *non bis in idem* no es posible iniciar en su contra ningún otro proceso, puesto que dicha persona ya habría sido procesada y sancionada administrativamente; sin embargo, se debe dejar en claro que aquel administrado al haberse considerado como inexistente su factura, éste no podrá usarlo con el fin de justificar sus ingresos, en caso de que fuese investigado por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado.

d) Tipo Subjetivo

Es solo punible la comisión dolosa, puesto que el sujeto activo tiene conocimiento del origen ilícito de su enriquecimiento desproporcionado.

e) El Bien Jurídico

La construcción dogmática de la noción de bien jurídico siempre se ha encontrado dificultades, tal como lo advierte Hugo Álvarez²⁴, desde el mismo hecho de llegar a la comprensión de los bienes jurídicos individuales (vida, salud, patrimonio, etc.) como

²⁴ HUGO ÁLVAREZ, J.B., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2007, p. 236.

los bienes jurídicos colectivos (Estado, administración de justicia, seguridad pública, medio ambiente, paz social, etc.) englobados en una misma noción de bien jurídico; por ejemplo, el bien jurídico protegido, en la jurisprudencia colombiana, es la moral social; sin embargo, consideramos que el objeto de tutela resulta bastante difuso y ambiguo en su interpretación.

En Bolivia, de acuerdo a la forma como se encuentra redactado el tipo penal, podrían probablemente emerger dos corrientes, la primera: teniendo en cuenta que el ilícito penal gravita en el grado de afectación que pudiera ocasionar al patrimonio del Estado, al extremo que ante la ausencia de dicha afectación no existiría delito; el bien jurídico colectivo protegido por la norma vendría a ser el Estado, más específicamente el patrimonio del Estado; mientras que la segunda corriente, consistiría en afirmar que lo que realmente busca la norma es protegerse de la propiedad privada ilícitamente obtenida, por lo tanto, el bien jurídico protegido sería la propiedad.

f) Consumación y sanción

El hecho se consuma en el momento en que se produce el enriquecimiento, independientemente si el particular llega o no a justificar su enriquecimiento, dado que son circunstancias concernientes a la condición objetiva de punibilidad, la cual es ajena a la estructura típica.

La sanción consiste en privación de libertad de privación de libertad de tres a ocho años, multa de cien a trescientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.

La persona jurídica como tal, también puede ser sujeta a sanción, la misma que consiste en una multa del 25% de su patrimonio, sumado a la obligación de restituir al Estado de todos los bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito.

De esta manera el tipo penal incorpora a nuestra legislación la culpabilidad empresarial (o culpabilidad para personas jurídicas) distinta a la culpabilidad individual, situación que seguramente a futuro motivará un interesante debate doctrinal por los cambios de paradigmas y las diferentes teorías existentes sobre esta temática, entre ellas, la polémica y compleja teoría doctrinal de los sistemas sociales autopoieticos²⁵; argumentos, que sólo tienen

²⁵ En palabras de Gómez Jara Diez, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, concibe al Derecho como un sistema compuesto a base de comunicaciones jurídicas cuya orientación viene dada por estructuras jurídicas y que crea una determinada visión de su entorno (entorno jurídico). La autonomía del sistema jurídico conlleva que genere sus propios artefactos comunicativos a los cuales se imputan las correspondientes comunicaciones jurídicas: dichos artefactos comunicativos son las personas. "Detrás" de dichos artefactos se encuentran, tanto sistemas psíquicos – personas físicas – como sistemas organizativos – empresas -. Por lo que respecta a los últimos, dichos sistemas están constituidos sobre la base de decisiones organizativas orientadas en función de ciertas estructuras, generando un determinado entorno (organizativo) tanto interno como externo. Dichos sistemas tienen la capacidad de autoorganizarse y de generar una determinada cultura empresarial que posee una vigencia que puede cuestionar al Derecho en su propio seno. Ahora bien, los tres fundamentos de la culpabilidad jurídico penal empresarial son: 1) la fidelidad al Derecho como condición de vigencia de la norma; 2) la igualdad objetiva entre las personas; y, 3) la posibilidad de cuestionar jurídicamente la norma participando en la producción común de sentido. En cuanto al primer fundamento, se ha constatado una tendencia que nace y se desarrolla en el siglo XX: la llamada autorregulación empresarial. Los ámbitos de la vida social son sumamente complejos, por lo que el Estado confía la regulación de los mismos a las organizaciones empresariales de tal manera que, dentro de unos parámetros fijados – es una regulación de la autorregulación – permite su autorregulación interna. En este punto se ha propuesto entender la fidelidad al Derecho por parte de la empresa como el contenido último de la autorregulación empresarial en Derecho Penal. Las organizaciones tienen, por tanto, la obligación de crear y mantener una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. De esta manera, una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho constituye el carácter propio de la culpabilidad jurídico penal empresarial. En lo que respecta al segundo fundamento, la elaboración de un concepto de culpabilidad empresarial supone la consideración de la empresa como un igual. En efecto, la culpabilidad se basa, en última instancia, en la igualdad reconocida a todas las personas, de tal manera que aflora el sinalagma básico del Derecho penal: libertad de organización/ responsabilidad por las consecuencias. Dicho sinalagma constituye el núcleo del Derecho Penal con anterioridad a su transformación al ámbito empresarial. En ese sentido han sido varios los autores que han constatado la creciente libertad organizativa que se reconoce a las empresas, libertad que debe tener como anverso de la moneda una responsabilidad por las consecuencias que se derivan del uso – o abuso. De esta libertad. La libertad en este sentido, no se entiende, por libertad de voluntad (libre albedrío) – de imposible constatación para la empresa – sino como atribución de libertad para autoadministrarse. De esta atribución se deriva correlativamente un concepto normativo de hecho como configuración de un ámbito

sentido en el contexto de una sociedad moderna funcionalmente diferenciada.

Por otro lado, concerniente a la ubicación del tipo penal dentro de la norma penal sustantiva, por la redacción del tipo penal en nuestra legislación, se evidencia con mayor notoriedad que el Estado busca evitar la existencia de una propiedad privada lícitamente obtenida; por lo tanto, este tipo penal podría situarse dentro del título XII (delitos contra la propiedad) del Código Penal, debiéndosele asignar un capítulo específico titulado "enriquecimiento ilícito de particulares" y en ella contemplar ésta normativa penal.

III.- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN BOLIVIA

Bolivia se adscribe a la tendencia hacia la asignación de algún tipo de responsabilidad penal a los entes colectivos y lo hace en el art. 5 de la Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas (Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010).

El artículo 5. (Ámbito de Aplicación) de la Ley N° 004, establece que dicha ley se aplica a:

de organización. Finalmente, no es de extrañar que, vistas estas circunstancias, se considera que las empresas desempeñan una función y ocupan una posición muy diferente a las que desempeñaban en el nacimiento de la teoría jurídica del delito. Así, sólo en la medida en la que las organizaciones empresariales participan indirectamente en la conformación de normas sociales y jurídicas – se les brinda la oportunidad de cuestionar jurídicamente la norma. Es decir, sin recurrir a la comisión de un hecho delictivo. Los fundamentos del concepto constructivista de la culpabilidad, al igual que los del concepto funcional – personal de Günther Jakobs. Se basan en última instancia en la prevención legal positiva. De tal manera, que la fundamentación de la culpabilidad empresarial gira en torno a los parámetros modernos de la discusión respecto de la culpabilidad en general. Vid. GÓMEZ JARA DIEZ, C., *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, editorial Aras, 2010, Lima, p. 399-404.

1. Los servidores y ex servidores públicos de todos los Órganos del Estado Plurinacional, sus entidades e instituciones del nivel central, descentralizadas o desconcentradas, y de las entidades territoriales autónomas, departamentales, municipales, regionales e indígena originario campesinas.
2. Ministerio Público, Procuraduría General de Estado, Defensoría del Pueblo, Banco Central de Bolivia, Contraloría General del Estado, Universidades y otras entidades de la estructura del Estado.
3. Fuerzas Armadas y Policía Boliviana.
4. Entidades u organizaciones en las que el Estado tenga participación patrimonial, independientemente de su naturaleza jurídica.
5. **Personas privadas, naturales o jurídicas y todas aquellas personas que no siendo servidores públicos cometan delitos de corrupción causando daño económico al Estado o se beneficien indebidamente con sus recursos**

En ese sentido, cabe mencionar que únicamente en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado (art. 28 de la Ley N° 004) se establece que la persona jurídica restituirá al Estado los bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una multa del 25% de su patrimonio. De esta manera se instituye de manera camuflada la responsabilidad penal de la persona jurídica pero no lo hace así en otros delitos que tienen mayor incidencia el aspecto de la persona jurídica como ser: Legitimación de ganancias ilícitas (art. 185 CP) y sociedades y asociaciones ficticias (art. 229 CP).

Sin embargo, es menester aclarar que la responsabilidad penal de la persona jurídica no tiene regulación jurídica en el Código Penal boliviano, por cuanto dicha regulación debiera estar prevista

en la parte general del Código Penal, al ser ésta la parte que dota de sentido y hace posible la aplicación de la parte especial del Código Penal, por ese motivo que la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en Bolivia aparece disfrazada en el delito de Enriquecimiento Ilícito de particulares con afectación al Estado.

Adviértase que el art. 5 del Código Penal boliviano, señala que la ley penal no reconoce fuero ni privilegio personal, pero sus disposiciones de aplicarán a las personas que en el momento del hecho fueren mayores de catorce (14) años; por consecuencia queda claro que los arts. 4 y 28 de la Ley N° 004 y el ámbito de aplicación establecido por el art. 5 y 13 del Código Penal boliviano, supone un resquebrajamiento de la sistemática penal en el ordenamiento boliviano.

IV.- EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA LEY "MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ" (RETROACTIVIDAD DE LA LEY, JUICIO EN REBELDÍA, ETC.)

La Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas (Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010) nace con ciertos matices, vinculada a la cuestionada y rebatida teoría de Günther Jakobs (1985) sobre el *Derecho penal del enemigo*, que siguiendo a Grosso García²⁶, es aquel que produce: a) un adelantamiento de la punición a un estadio previo a la afectación de bien jurídico; b) un incremento desproporcionado de las penas y c) la relativización o supresión de algunas garantías procesales.

²⁶ GROSSO GARCÍA, M.S., en Coord. CANCIO MELIÁ Y GOMEZ JARA DIEZ, *Derecho Penal del Enemigo*, Buenos Aires, Edisofer y B de F editores, Vol. II, 2006, p. 1 y sgtes.

La Ley N° 004 en su disposición final primera, establece que *las acciones de investigación y juzgamiento de delitos permanentes de corrupción y vinculados a ésta, establecidos en el artículo 25 numerales 2) y 3) de la presente ley, deben ser aplicados por las autoridades competentes en el marco del artículo 123 de la Constitución.*

El artículo 123 de la Constitución, señala que *la ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia penal, cuando beneficie a la imputada o imputado; y en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado.*

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

Por otro lado, de la lectura del artículo constitucional, probablemente entienda que la ley N° 004 será retroactiva únicamente para los casos de corrupción administrativa (cometida por servidores públicos); sin embargo, no es así, pues el artículo 25 numeral 2) de esta ley, si bien refiere al delito de “enriquecimiento ilícito” cometidos por servidores públicos, resulta que el numeral 3) del mencionado artículo, contempla al delito de “**enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado**”; por lo tanto, queda claro, que la ley N° 004 desde su promulgación, postula la retroactividad del delito de enriquecimiento ilícito tanto para servidores públicos como para los particulares; resultando éste último inconstitucional, pues el art. 123 de la Constitución no prevé ni permite dicha retroactividad (contra los particulares).

En ese sentido, en virtud a una acción de inconstitucionalidad planteada en contra de la disposición final primera de la Ley N° 004

(referido a la retroactividad de dicha ley), el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante la Sentencia Constitucional N° 770/2012 de 13 de agosto de 2012, interpretó el alcance de la misma a la luz de los Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁷ (CIDH), explicando que es permitida la aplicación retroactiva de la Ley N° 004, siempre y cuando dicha aplicación sea en el marco del principio de favorabilidad y sobre todo teniendo en cuenta que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, tal como prevé el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.1).

Por lo tanto, resulta obvio que la Ley N° 004 al no ser favorable a quien se le pretende aplicar retroactivamente, en consecuencia deberá ser aplicada aquella ley que estaba vigente en el momento de la supuesta comisión del delito atribuido.

Si bien esta jurisprudencia constitucional de cierta manera reivindica y/o recuerda algunos derechos y garantías de carácter universal relacionada al proceso penal; sin embargo, no por ello anula el carácter inquisitivo de la Ley N° 004 ni los

²⁷ En el caso Vélez contra Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, la CIDH estableció: “183. En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso de su poder punitivo. El Tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse en cuanto a la aplicación del artículo 9 de la Convención a la materia sancionatoria administrativa. A este respecto ha precisado que en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, existe o resulta conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contraviene y que se pretendesancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos debe ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorables de una norma punitiva”.

matices vinculadas con la teoría del Derecho Penal del Enemigo, por cuanto, al margen de que si la sanción para estos delitos contiene penas altas, además: 1) no existe una declaración de inconstitucionalidad en la aplicación retroactiva de dicha ley a los particulares (art. 25 numeral 3 de la Ley N° 04 relacionada con la disposición final primera de la misma ley) pese a que la Constitución (art. 123) establece dicho tratamiento únicamente para los servidores públicos; 2) se aplica la presunción de culpabilidad en vez de la presunción de inocencia; y, 3) cualquier inculcado será susceptible de incautación de bienes y activos desde el inicio de la investigación (Capítulo IV, artículos 148 Bis y 253 Bis, ley N° 004), sin descartar la posibilidad de ser juzgado y sentenciado en rebeldía (Capítulo IV, artículos 91 Bis y 344 Bis, ley N° 004).

En lo concerniente a la prosecución del juicio en rebeldía por delitos de corrupción previsto en los arts. 91 Bis y 344 de la Ley N° 004, el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante la misma SC N° 770/2012 de 13 de agosto de 2012, establece lo siguiente: “(en caso de rebeldía) no se suspenderá el proceso por delitos de corrupción o vinculados a ella en su etapa de juicio, excepto en los casos en los que exista causa justificada para la incomparecencia del imputado o procesado o se le hubiese colocado en absoluto estado de indefensión, interpretación ante la cual la norma no resulta contraria a los valores y normas constitucionales”. Asimismo, el TC señala que “resulta necesario que en el marco del respeto al derecho a la igualdad procesal de las partes y la tutela judicial efectiva, se conciba al proceso penal en una doble dimensión que abarque no sólo a los derechos del imputado o procesado, sino también garantice el cumplimiento y respeto de los derechos que le asisten a la víctima, por lo que no resulta proporcional que se posibilite la suspensión del proceso en desmedro de la víctima por una actitud negligente del proceso que no asume con el grado de responsabilidad que

corresponde el proceso iniciado en su contra por haberse de forma voluntaria ausentado. Salvando claro está las excepciones (antes expuestas)”.

Al respecto, llama la atención que el TC hubiera realizado una interpretación de una norma adjetiva penal desde una perspectiva eminentemente civilista, ya que en el campo del proceso civil es donde existe la diferenciación entre ausencia y contumacia pero no así en el Código de Procedimiento Penal (CPP), máxime si la Constitución vigente tampoco prevé la contumacia en materia penal y además prohíbe taxativamente la condena en ausencia, previsto en el artículo constitucional 117-I: “Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso”.

Con esto técnicamente cabe reiterar que el CPP no habla de contumaz, lo ignora. Sólo existe el ausente. La causa de la no presencia no le interesa sino el mismo hecho de la inasistencia.

En consecuencia, cuando el CPP se refiere al ausente comprende también al contumaz y por ende cuando prohíbe la condena del ausente también se comprende dentro de dicha prohibición la condena del contumaz.

Puede resultar debatible esta igualdad de derechos para ambos casos tal como lo señala el Tribunal Constitucional, ya que la inasistencia voluntaria es premiada con el no juzgamiento. Pero, ante el silencio de la ley debemos concluir que el contumaz también está amparado por la prohibición constitucional, puesto que no es posible distinguirla cuando la ley procesal penal tampoco lo hace.

De allí que la creación jurisprudencial de la contumacia en materia penal carece de sustento normativo procesal en la actualidad y únicamente es posible comprender lo que el TC aconseja desde una perspectiva exclusivamente civil habida cuenta que en dicho ámbito rige la hegemonía de los principios

dispositivo²⁸ y de oportunidad, a diferencia del proceso penal donde prima el principio de la oficialidad²⁹.

En el ámbito procesal civil, las partes no sólo son dueñas del ejercicio de la acción y de la incoación, sino que lo son también de la pretensión y del proceso mismo, pudiendo disponer de él a través de una serie de actos. Por lo tanto, cuando uno de los sujetos procesales (demandante o demandado) abandona el proceso se determina la declaración de rebeldía y en consecuencia el proceso continúa porque el interés particular de la otra parte no tiene porqué depender de la ausencia o presencia de la parte declarada en rebeldía. Esto resulta posible, como hemos dicho por el mismo carácter dispositivo del proceso civil, donde la rebeldía implica el reconocimiento de que ya no se desea seguir defendiendo el derecho que se sostiene. Es decir, el rebelde con su conducta en realidad no afecta directamente el interés de las normas de orden público sino por el contrario termina afectando directamente su propio interés, porque las normas del proceso civil no van a dejar de aplicarse por su ausencia. Las fases procesales seguirán su curso porque está la otra parte que obviamente no renunciará a su derecho a demostrar en el proceso la razón que le asiste. De allí que la sanción a la rebeldía en el espectro civil implica tener por aceptadas de forma relativa la verdad de los hechos expuestos en la demanda civil.

En cambio, en el campo del proceso penal ocurre totalmente lo contrario, no se trata de una litis o conflicto entre dos personas

²⁸ Consiste en el poder que sobre las pretensiones debatidas en el proceso tienen las partes que las ejercitan.

²⁹ Ante la presunta violación de una norma jurídica penal, el Estado reacciona; la dirección de la investigación está a cargo del Ministerio Público mediante la Policía Nacional y el Instituto de Investigaciones Forenses. De acuerdo con el art. 70 del CPP el Ministerio Público tiene el deber de proceder de oficio a promover la acción penal pública en las formas establecidas por la ley y la voluntad de los particulares o de otros funcionarios públicos aquí carecerá de eficacia para enervar o evitar la promoción de la acción pública. De este principio surge el principio de legalidad procesal, que consiste en el deber de proceder conforme a la ley, para los servidores públicos y las facultades que corresponden a los sujetos en esta relación procesal.

que deban discutir la titularidad o el reconocimiento de un derecho. Es decir, en el derecho procesal penal no se puede hablar de un conflicto de intereses entre particulares, sino de la calificación jurídica procesal acerca de la comisión de un hecho calificado como antijurídico penal, por parte del Estado. Esto es lo que justifica el hecho de que necesariamente el proceso penal tenga que suspenderse ante la contumacia del procesado; es decir ante la ausencia llamémosla provoca del imputado que significa la contumacia.

Si bien es cierto que la calificación jurídica podría obrar en razón al acervo probatorio existente y acumulado en la etapa investigativa, ello resulta cuestionable, dado que el proceso penal está formulado y limitado por los principios constitucionales (presunción de inocencia, seguridad jurídica, debido proceso, ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, etc.). En el terreno procesal penal está claro que frente al poder punitivo del Estado existen un conjunto de principios que impiden que tal poder se aproveche de la situación jurídica del procesado, para determinar en una sentencia la calificación sin que haya mediado la presencia real y física del encausado durante el juicio oral y público. Por este motivo, resulta debatible aquella exigencia del TC porque dentro del marco penal deba existir previamente una "causa justificada" de incomparecencia para que proceda la suspensión del juicio por motivo de rebeldía, por cuanto va en contra ruta con el sistema acusatorio, muestra de ello, es que el art. 87 numerales 1) y 4) del Código de Procedimiento Penal, señala de manera clara y precisa de que el *imputado será declarado rebelde cuando éste no comparece "sin justa causa" o se ausente "sin licencia" del juez o tribunal del lugar asignado para residir*, lo cual en ambos casos implica obviamente una actitud negligente del imputado y la misma se encuentra de antemano reglada como causal de rebeldía. Por lo tanto, queda claro

que bajo ésta perspectiva no cabe exigir causa justificada cuando la misma norma adjetiva penal es la que establece que procede la rebeldía por incomparecencia del imputado sin causa justificada acorde con los principios constitucionales sobre la materia, caso contrario, no tendría sentido la declaratoria de rebeldía ni sus consecuencias en el ámbito penal, entre ellas: la interrupción de la prescripción, librar mandamiento de aprehensión, orden de captura internacional, imposición de medidas cautelares reales, etc.

Ahora bien, no se descarta que a raíz de la jurisprudencia constitucional³⁰ antes mencionada, al no encontrarse los sustentos necesarios en la normas de desarrollo, esto motive a más reformas legislativas, incorporándose a futuro el juicio en contumacia en el CPP.

En consecuencia, de acuerdo con la Ley N° 004 todos aquellos que sean denunciados por el delito de enriquecimiento ilícito (sean particulares o servidores públicos), de manera implícita serán catalogados como enemigos de la sociedad y conforme a la tesis de Jakobs, el enemigo es alguien que no cumple el Derecho y por ende la condición de persona es negada al delincuente, es decir es apartado, excluido y está fuera del Derecho garantista, motivo por el cual, no puede acogerse a las garantías que éste otorga, como ser la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho a ser juzgado en juicio estando el imputado presente, la carga de la prueba para quien acusa, etc. De allí, que el Derecho penal del enemigo, también lleva por nombre Derecho penal de la exclusión.

Gracia Martín³¹, advierte que en esta teoría no está claro si el enemigo adquiere su condición de tal ya cuando comete el hecho

³⁰ La Sentencia Constitucional 770/2012 de 13 de agosto de 2012, emerge de una acción de inconstitucionalidad dentro de un proceso penal por supuestos delitos de corrupción.

³¹ GRACIA MARTÍN, L., "El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo", en Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourulo, Madrid, 2005, p. 477.

típico, o sólo cuando se dicta una sentencia condenatoria en su contra; sin embargo, para la Ley N° 004, este asunto está resuelto, pues la persona adquiere la condición de enemigo, por el trato que se le otorga, desde el momento en que se supone que comete el hecho ilícito.

El artículo 112 de la Constitución, establece: "*los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad*".

El artículo 29 Bis. (Imprescriptibilidad) de la Ley N° 004, establece: "*de conformidad con el artículo 112 de la Constitución Política del Estado, los delitos cometidos por servidoras o servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad*".

En ese sentido y de acuerdo con el espíritu de dicha ley, únicamente los delitos de corrupción y los delitos vinculados con corrupción cometidos por servidores públicos no se extinguen por el transcurso del tiempo; por lo tanto, cualquier hecho realizado en la actualidad podía ser investigado en el futuro y en cualquier momento sin ningún obstáculo legal.

V.- ALGUNOS BUENOS HÁBITOS PARA LAS EMPRESAS Y LAS PERSONAS QUE BUSCAN LA PREVENCIÓN ANTES QUE LOS CONFLICTOS

Con el ánimo de cultivar buenos hábitos en la vida de las personas, teniendo en cuenta que la delincuencia organizada dedicada a la corrupción cada vez se extiende más en el mundo y provoca conflictos a muchas personas inocentes que se ven

involucradas en desagradables problemas judiciales relacionados a corrupción; y, que por otro lado, en la función pública, los servidores públicos deben ser cuidadosos en su desempeño laboral diario, a continuación expongo algunos hábitos que a su vez son sugerencias, Tips o consejos, que podrían ser útiles para reducir el riesgo de verse envueltos en asuntos de corrupción o vinculados a éstos:

1. Los servidores públicos, deben tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

- a) Conocer y cumplir normas de regulación y control del sistema financiero (Ej.: normas de prevención antilavado);
- b) Conocer y cumplir las normas internas de la institución donde trabajan;
- c) En caso de detectarse irregularidades (incumplimiento de la normativa), inmediatamente reportar al superior jerárquico, guardando una copia de la comunicación y conservarlo. El servidor público debe poseer un archivo personal de todas sus comunicaciones;
- d) Exigir a la entidad estatal donde trabaja que los capacite sobre las normas reguladoras y/o procedimentales de su repartición;
- e) Para quienes ocupan cargos de jefatura o mayor nivel jerárquico:
 - e.1 Deben verificar que los contratos de obras se cumplan adecuadamente,
 - e.2 De existir alguna irregularidad, inmediatamente aplicar los mecanismos procedimentales internos del sector para garantizar el cumplimiento (Ej.: expedir notas de llamadas de atención, memorándum, procesamiento, garantías contractuales, etc.).

- e.3) Hacer partícipe al control social (Ej. Comité de Vigilancia o su análogo) en la contratación de obras y servicios, compras de equipos y otros, en la repartición donde trabaja.
- e.4) Asegurarse de no equivocarse en las fechas del contrato de obra, pues deben ser posterior a la aprobación de la adjudicación.
- e.5) Hacer auditoria interna y externa en lo ámbitos jurídico y económico de cada gestión concluida con detalle pormenorizado de cada obra realizada y solicitar una copia legalizada de cada auditoria para uso personal.

2. Las personas jurídicas, deben tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

- a) Ser responsable y transparente en todas las transacciones. Al fomentar una cultura transparente, la organización muestra ser una organización abierta que no tiene nada que ocultar. La transparencia en materia de lucha contra la corrupción es un elemento fundamental.
- b) Realizar auditoria legal de la empresa periódicamente;
- c) Potenciar el Área de Auditoria que permita tener un control de todo el movimiento contable y financiero de la empresa, incluyendo declaraciones fiscales y relaciones económicas de la empresa con el Estado;
- d) El control de Auditoria debe ser preventivo y correctivo;
- e) En caso de que existan errores o diferencias en los datos proporcionados al Estado, activar de manera efectiva el procedimiento administrativo interno de corrección;
- f) Conservar toda la documentación que demuestre la licitud de su actividad, especialmente los siguientes archivos:

Libros de cuentas, Balances en general, Declaraciones Juradas, Formularios de pago de impuestos, Documentos que acrediten la distribución de utilidades, cualquier otro documento que se considere necesario para demostrar la licitud de su patrimonio;

- g) Toda compra (adquisición) de bienes muebles en general, debe ser facturada y registrada en los libros correspondientes de la empresa;
- h) La compra de bienes muebles e inmuebles, sujetos a registro, debe realizarse por su valor real de mercado, inscribirse en los registros respectivos y constar en los libros de la empresa;
- i) Guardar todo el tiempo la documentación que acredite la licitud de cualquier operación realizada con el Estado o entre las demás empresas con las que mantienen relación comercial o empresarial;
- j) Adecuar el Estatuto, los reglamentos y manuales de funciones a la nueva normativa legal;
- k) Todo poder de la empresa establecerá expresamente las atribuciones y responsabilidades que se delegan;
- l) Antes de tomar alguna decisión que pueda tener relevancia penal, el ejecutivo de la empresa debe exigir un informe que determine la situación legal de la operación a realizarse con el Estado, incluso, con empresas privadas;
- m) Cumplir la normatividad exigida acorde a la sociedad comercial que pertenece; y,
- n) verificar que exista la aprobación del directorio de la empresa conforme a sus estatutos para la provisión de bienes y servicios;

- ñ) Los balances de gestión deben reflejar y acreditar documentalmente todo su movimiento económico de tal manera que sirva en lo posterior como descargo ante cualquier circunstancia de la Administración Pública.
- o) Es necesario estar al tanto sobre las guías y herramientas útiles para luchar contra la corrupción dentro y fuera de la empresa, entre éstas cabe citar por ejemplo una herramienta desarrollada por ECODES y la Fundación Carolina expuesta en el portal web "Negocios Limpios"³² sobre prevención de la corrupción, orientado a empresas del ámbito hispanohablante (grandes empresas y PYMES), que ofrece tanto información sobre el problema de la corrupción, como buenas prácticas ejemplarizantes y herramientas para poner en marcha un sistema de integridad corporativa por parte de las empresas.

3. Todas las personas particulares deben tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

- i) Hacer inventario documentado de todos sus bienes;
- ii) Todos los bienes muebles sujetos a registros (Ej. Vehículos) e inmuebles deben contar con el respectivo certificado Alodial o carnet de propiedad registrado a su nombre y anualmente verificar su titularidad en Derechos Reales y en los registros que correspondan;
- iii) Poseer varias carpetas para ir documentándose, por ejemplo: la compra de bienes muebles e inmuebles, debe realizarse por su valor real de mercado, inscribirse en los registros respectivos y guardar los recibos o depósitos bancarios;

³² <http://www.negocioslimpios.org/>

- iv) Toda actividad comercial o de servicios que realice debe emitir factura o le realicen el descuento correspondiente;
- v) Si va a realizar la compra de inmuebles, acciones, bienes sujetos a registro o va a emprender algún negocio conjuntamente con una persona, investigue la procedencia legal de los bienes y los antecedentes de su socio;
- vi) Si piensa alquilar un bien inmueble, cerciórese que el arrendatario es una persona solvente y que sus ingresos son lícitos y emita la correspondiente factura de alquiler al arrendatario.
- vii) Conserve todas sus declaraciones juradas impositivas para su descargo ante cualquier circunstancia frente a la Administración Pública.

EL DEBIDO PROCESO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Horacio Andaluz Vegacenteno¹

SUMARIO

1. Formación histórica. 2. Jurisprudencia interamericana. 3. Incorporación de la jurisprudencia.

1. De 1987 a 2017 (mayo) la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha pronunciado 336 decisiones en asuntos contenciosos, incluyendo excepciones preliminares, interpretación de sus sentencias y ejecución de las mismas. Esto ha formado un amplio cuerpo jurisprudencial de referencia obligada en materia de derechos humanos. Esto incluye a la garantía al debido proceso. El objeto de este artículo no tiene la bastedad de la jurisprudencia interamericana sobre esta última. Su cometido se concentra en (1) el origen histórico del debido proceso como voz de la razón; (2) su contenido genérico en la jurisprudencia interamericana (en sus propios textos); y, (3) la incorporación de esta jurisprudencia al bloque de constitucionalidad.

¹ Profesor de Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional (UPSA). *Master of Laws* (Harvard Law School). Antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Árbitro (CAINCO, CNC, CEAR, PUCP). Publicación vinculada a este tema: *Aplicación judicial de la constitución* (El País/2010).