

Fundación Milenio



Análisis del Código del Sistema Penal

José Antonio Rivera

Serie Análisis

Nº 16
Enero de 2018

Análisis del Código del Sistema Penal

José Antonio Rivera S¹

Ante los conflictos sociales que han surgido como consecuencia de la promulgación de la Ley N° 1005 Código del Sistema Penal, me veo en la responsabilidad profesional de realizar un análisis técnico-jurídico, desde la perspectiva constitucional. El propósito de este texto es contribuir a un debate esclarecedor y debidamente informado y documentado, en torno de un asunto de gran interés nacional y que reviste connotaciones extremadamente delicadas para la vida de los bolivianos.

1. Los fines de la legislación penal

Es necesario recordar que en un Estado democrático constitucional de Derecho, un Código del Sistema Penal debe estar orientado a garantizar la convivencia pacífica y la armonía social a partir de la defensa de la Sociedad frente a la criminalidad; de manera que sus normas deben resguardar, respetar y proteger los valores supremos, los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las personas, y su aplicación debe ser de última razón. En ningún caso debe ser un instrumento de los detentadores del poder para la persecución selectiva; pues el Estado no puede reprimir el delito cometiendo otro delito; en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado es inadmisibles la máxima de “el fin justifica los medios”.

Conforme a lo referido, el sistema penal del Estado debe configurarse sobre la base del respeto de los principios constitucionales, como la supremacía de la Constitución y jerarquía normativa, la seguridad jurídica, la proporcionalidad, la legalidad penal que exige el cumplimiento de los requisitos de la Ley previa, la Ley escrita y la ley estricta, la irretroactividad de la Ley penal, la presunción de inocencia así como los principios de personalidad o de intrascendencia, de resocialización y de humanidad de las penas, entre otros.

De otro lado, el sistema penal debe responder a una política criminal diseñada sobre la base de la constatación de las causas, factores y condiciones de la criminalidad y que además comprenda la prevención, la persecución penal, la rehabilitación y la reinserción social.

¿Es restaurador el enfoque del Código?

Ahora bien, el Código del Sistema Penal, aprobado mediante la Ley N° 1005, proclama que el Sistema Penal del Estado Boliviano se sustenta en el *enfoque restaurador*, en sustitución del

¹ Magíster en Derecho Constitucional; ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de postgrado en varias universidades de Bolivia. Presidente de la Sección Nacional del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; Vicepresidente de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; es autor de varios libros y ensayos sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

enfoque retributivo, lo que significa que la justicia penal tendrá como finalidad principal la solución pacífica del conflicto, y se activará solamente en aquellos casos en los que la solución de los conflictos no pueda dejarse librada exclusivamente a los protagonistas, ni puedan ser resueltos desde otros ámbitos no punitivos. Supone, también, que la acción principal del Estado deberá orientarse a restaurar la armonía social fracturada por la comisión de un delito, así como a la protección y reparación integral a la víctima del hecho criminoso, para garantizar la convivencia pacífica de la Sociedad.

Si ello estuviese plenamente reflejado en el contenido del Código, tanto en la parte sustantiva como en la procesal, sería sin duda un verdadero avance, máxime si se acompañara por la formulación de políticas criminales que abarquen la prevención, la persecución penal y la reinserción social. Pero no es el caso. Sucede que la parte sustantiva del Código, que tipifica los delitos y establece las sanciones, contradice el enfoque restaurador, pues reproduce la clásica visión del sistema penal como un mecanismo de defensa social eficaz, que se materializa a través de la coerción penal estatal con la mayor efectividad posible, bajo el razonamiento de que la mayor punición contrarresta e impide el delito; criterios éstos que reflejan un *enfoque retributivo*.

En efecto, en la parte sustantiva, en lugar de despenalizar aquellas conductas de contenido patrimonial, para que los conflictos jurídicos generados por esas conductas sean resueltos en el ámbito civil o comercial, a través de sistemas efectivos, ágiles y eficaces, evitando el uso extorsivo del sistema penal, el Código mantiene la tipificación de dichas conductas como delitos; como, por ejemplo, del estelionato, de la apropiación indebida, de la estafa menor, de las defraudaciones con abuso de firma en blanco, del engaño en cantidad, calidad y sustancia de bienes, de la utilización de tarjetas de crédito, débito o compra sin legítimo consentimiento, del abuso de confianza, y otros. Contradictoriamente, el Código despenaliza conductas que sí tienen relevancia social por el bien jurídico a proteger; como son los casos notables de corrupción que ya estuvieron tipificadas como delitos por la Ley N° 004, o también de conductas del ámbito electoral que también se hallaban tipificadas como delitos por la Ley N° 026.

2. Los nuevos tipos penales

Responsabilidad penal de personas jurídicas

El Código en cuestión crea nuevos tipos penales, entre ellos las infracciones atribuibles a las personas jurídicas (arts. 66 al 77), desconociendo que en el ámbito jurídico para la existencia del delito deben concurrir los elementos de la acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, y que la acción es entendida como la exteriorización de la voluntad convertida en acción u omisión. Sucede que una persona jurídica -que es la ficción de la Ley- no puede exteriorizar por sí misma la voluntad convertida en acción u omisión; por lo tanto, una persona jurídica, como tal, no puede cometer delito; quienes cometen delito son las personas jurídicas que dirigen o conducen a la persona jurídica. Lo que en el fondo acontece con las normas incluidas en el Código es el desplazamiento de la responsabilidad penal, infringiendo la norma prevista por el art. 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; cuando lo que tendría que definir el Código es la responsabilidad civil de las personas jurídicas, emergentes de los delitos cometidos por quienes las dirigen, administran o representan.

Asimismo, el Código crea delitos que, si bien en apariencia tienen por finalidad proteger como bien jurídico el derecho a la imagen y los datos personales, bien podrían ser utilizados para desplegar una persecución penal selectiva, atentando contra el derecho a las libertades de expresión y de información.

Separatismo

Entre los nuevos tipos penales creados por el Código del Sistema Penal, se tiene el crimen de separatismo tipificado por el art. 130 en los siguientes términos:

“I. La persona que en forma individual u organizada, resuelva inconstitucionalmente, agrede, ataque, violente o asalte teniendo la finalidad de dividir, disgregar o separar la unidad del Estado Plurinacional de Bolivia, será sancionada con prisión de veinticinco (25) a treinta (30) años. II. La misma sanción del Parágrafo precedente, corresponderá a la persona que organice, financie, controle o determine el acto separatista”.

Como se podrá advertir, en la configuración del tipo penal se utilizan cláusulas de textura abierta, o frases ambiguas e imprecisas, que en el momento de su aplicación pueden dar lugar a diversas interpretaciones y, consiguientemente, a persecuciones penales selectivas. En efecto, en primer lugar, respecto al bien jurídico protegido, el texto de la norma presenta una imprecisión al señalar que es la “Unidad del Estado Plurinacional de Bolivia”; teniéndose que, esa frase puede dar lugar a diversas interpretaciones, tales como la unidad política, la unidad social o cultural, la unidad e integridad territorial, o la naturaleza unitaria del Estado. En segundo lugar, en cuanto al acto configurador, la norma utiliza términos indeterminados e indefinidos, como es el caso de la expresión “resolver inconstitucionalmente”, respecto de la cual cabe preguntar ¿resolver qué?, ¿a qué resolución inconstitucional se refiere?. En consecuencia, ¿se consideraría delito de separatismo el hecho de que una determinada Asamblea Legislativa Departamental resuelva consultar a la ciudadanía, mediante referendo popular departamental, sobre la adopción de un modelo de Estado Federal?

Por otro lado, resulta también problemática la utilización en el texto del Código de verbos tales como “agredir”, “atacar”, “violentar” o “asaltar”, sin que se defina el sujeto activo del delito, y por lo cual no queda claro, y mucho menos definido, contra quién se desplegará el acto de agredir, atacar, violentar o asaltar.

Uso indebido de imágenes ajenas

Otro nuevo delito creado por el Código es el Uso indebido de Imágenes Ajenas, tipificado por el art. 143 en los estos términos:

“I. La persona que, sin autorización del titular o sus derechohabientes, utilice o difunda imágenes crueles o morbosas de víctimas de infracciones penales contra la vida, integridad física o libertad sexual y que afecten su dignidad o la de su familia, será sancionada con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y reparación económica. II. La sanción será agravada a prisión de tres (3) a seis (6) años y reparación económica, cuando la víctima sea niña, niño o adolescente”.

Aquí el bien jurídico protegido es el derecho a la imagen, mientras que el hecho constitutivo del delito es la acción de utilizar o difundir, sin autorización del titular o sus derechohabientes, imágenes crueles o morbosas de víctimas de infracciones penales contra la vida, integridad física o libertad sexual y que afecten a su dignidad o la de su familia. Este nuevo tipo penal, si bien podría tener la intención de proteger el derecho a la imagen y la dignidad, tal como está redactado, ciertamente que genera el riesgo de ser aplicado contra los periodistas, trabajadores de la prensa o propietarios de medios masivos de comunicación social, por la difusión de la información.

Obstaculización del proceso electoral

También se puede identificar, entre los nuevos delitos creados por el Código, el de Obstaculización del Proceso Electoral, tipificado por el art. 208. Dicha disposición legal, en su parágrafo Segundo, agrava la pena en los siguientes términos:

“II. La sanción será agravada a prisión de tres (3) a seis (6) años y multa sancionadora de cien (100) a doscientos cincuenta (250) días, si la persona con el mismo fin descrito en el Parágrafo I del presente Artículo [con el fin de perjudicar el normal desarrollo de un proceso electoral legalmente convocado], incurre en alguna de las siguientes acciones: 2) Inducción del voto por difusión ilegal de propaganda y encuestas. Induzca públicamente al voto mediante la elaboración, promoción, contratación, autorización o difusión de propaganda electoral o estudios de opinión en materia electoral, en contravención a las disposiciones de la Ley Electoral”. (Subrayado nuestro).

Se advierte que la disposición legal referida tipifica como delito de Obstaculización del Proceso Electoral, la acción de inducir públicamente al voto a través de las acciones de elaboración, promoción, contratación, autorización o difusión de propaganda electoral. El problema, sin embargo, está en la ambigüedad del verbo rector de la acción ilícita: en el ámbito jurídico, según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, el verbo “inducir” tiene diversos significados: “Instigar, persuadir, provocar o convencer para ejecutar algo, por lo general reprobable, como una falta o delito”.

La norma penal define que el hecho ilícito se constituye con la acción de inducir públicamente al voto mediante la elaboración, contratación, autorización o difusión de propaganda electoral; lo que significa que el solo hecho de realizar campaña pública a favor de una determinada candidatura en elecciones, u opción en una consulta popular, como aconteció con las elecciones judiciales cuando se hizo difusión de los alcances del voto nulo, y lo mismo en la referendo nacional del 21 de febrero de 2016 sobre la reforma del art. 168 de la Constitución, serán encuadradas a ese tipo penal y todas las personas que realicen esa actividad serán objeto de proceso y encarcelamiento, configurándose una sanción a la libertad de expresión y de pensamiento, reconocido por el art. 21.5 de la Constitución y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), además de una sanción al derecho de votar, consagrado por el art. 26 de la Constitución y el art. 23 de la CADH.

Uso de datos confidenciales

También configura un nuevo delito, el tipificado por el art. 246 del Código:

“I. La persona que, sin autorización, con intención de obtener beneficio indebido o con el fin de afectar la imagen y dignidad de la víctima, utilice los datos o información confidencial ajena, sea personal, institucional o financiera, consignada en medios informáticos o electrónicos o suplante la identidad de otra a través de un medio electrónico o digital generándole perjuicio al titular de la información o a un tercero, será sancionada con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y reparación económica. II. La sanción será agravada a prisión de tres (3) a seis (6) años y reparación económica, cuando la víctima sea niña, niño o adolescente”.

Conforme a dicho texto, el bien jurídico protegido es el derecho a la intimidad o privacidad y el derecho a la imagen. Los hechos constitutivos del delito son: a) la acción de utilizar datos o información confidencial ajena, sea personal, institucional o financiera, consignada en medios informáticos o electrónicos; y b) la acción de suplantar la identidad de otra persona a través de un medio electrónico o digital; en ambos casos la finalidad que persiga el autor del hecho es el de obtener beneficio indebido o con el fin de afectar la imagen y dignidad de la víctima, generando perjuicio al titular de la información o de la identidad. La segunda acción constitutiva del delito está orientada a sancionar el uso de las redes sociales para expresar determinada opinión o estado de ánimo como protesta a la conducta impropia, indebida, arbitraria o abusiva de alguna persona y sobre todo de servidores públicos o autoridades, utilizando imágenes o “memes” con imágenes.

En adelante, esa clase de conductas serán sancionadas con privación de libertad de 2 a 4 años, pena más severa que para el microtráfico que tiene una sanción de 1 a 3 años de prisión, siendo así que en el caso del microtráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, el bien protegido es la salud y la vida misma, especialmente de la niñez y de la adolescencia.

Reclutamiento religioso

Con relación al delito de Trata de Personas incorporado al Código Penal mediante el art. 34 de la Ley N° 263 Ley Integral contra la Trata y Tráfico de Personas, el Código del Sistema Penal, como parte de los crímenes contra la dignidad, en su art. 88 tipifica el crimen de Trata de Personas, en los siguientes términos:

“Será sancionada con prisión de siete (7) a doce (12) años y reparación económica la persona que, por sí o por terceros, capte, transporte, traslade, prive de libertad, acoja o reciba personas con alguno de los siguientes fines: (...) 11. Reclutamiento de personas para su participación en conflictos armados o en organizaciones religiosas o de culto” (subrayado nuestro).

Adviértase que en la parte subrayada del artículo anterior, se hace referencia al reclutamiento de personas para su participación en organizaciones religiosas o de culto. Cabe señalar que la Ley N° 351 de otorgación de Personalidades Jurídicas, en su art. 15, define a las Organizaciones Religiosas y espirituales en estos términos: *“Las organizaciones religiosas y espirituales son el conjunto de personas naturales, nacionales y/o extranjeras que realizan prácticas de culto y/o creencias para el desarrollo espiritual y/o religiosas en el horizonte del Vivir Bien, cuya finalidad no persigue lucro”.* Conforme a ello, resulta que se sancionará con prisión de 7 a 12 años a los miembros de una organización religiosa que recluten personas para que participen en su organización religiosa, lo

cual constituye una vulneración de la libertad de religión y culto, consagrado por el art. 21.3 de la Constitución y el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. Despenalización de delitos

También llama la atención el hecho de que al centralizar la tipificación de los delitos y el establecimiento de las penas a ser aplicadas en la parte sustantiva del Código, para evitar la dispersión en las normas sustantivas penales, en lo concerniente al régimen electoral se han despenalizado conductas que sí pueden causar daños al régimen democrático representativo, conductas que en la Ley N° 026 sí se hallaban penalizadas para resguardar el bien jurídico de los derechos políticos y del sistema democrático de gobierno.

Doble inscripción en el registro electoral

Así, se ha despenalizado la conducta de inscribirse dolosamente dos (2) o más veces en el Padrón Electoral, una conducta que atenta contra el régimen democrático y que lesiona el derecho político a la participación, ya que da lugar a fraudes electorales, desconociendo el derecho a que se respete la voluntad popular expresada a través del voto.

Coacción electoral

De otro lado, se ha modificado la configuración del delito de Coacción Electoral que estaba tipificado como delito por el art. 238.c) de la Ley N° 026, como la conducta de *“servidora pública o el servidor público electoral, policial, militar o persona particular que coaccione, atemorice o ejerza violencia en contra de subalternos de su dependencia o de cualquier ciudadana o ciudadano, para que se afilien a determinada organización política o voten por determinada candidatura en un proceso electoral u opción en un referendo o revocatoria de mandato”*. Ahora, en el art. 209.1 del Código del Sistema Penal, con el *nómen iuris* (nombre) de Coacción Electoral, se tipifica este delito como la conducta de la persona, que *“amenace, coaccione, ejerza violencia o abuse de una relación de dependencia laboral, familiar o económica en contra de una o más personas para que se afilien o se desafilien de determinada organización política o voten o no por determinada candidatura en un proceso electoral u opción en un referendo o revocatoria de mandato”*;

Nótese que esta nueva redacción ya no hace referencia a los servidores públicos, y establece una pena de multa sancionadora de doscientos cincuenta y un (251) a cuatrocientos (400) días e inhabilitación, cuando en la Ley N° 026 la sanción era una pena privativa de libertad de dos (2) a cinco (5) años y la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por un tiempo de cinco (5) años. Se diría que el cambio introducido luce más como una invitación a que se despliegue esa coacción que se ha observado en los últimos procesos electorales y, que a pesar de las denuncias públicamente efectuadas, el Ministerio Público y el Órgano Electoral Plurinacional fueron contemplativos porque los servidores públicos que incurrieron en esas conductas eran partidarios del oficialismo; ahora que se modifica la tipificación y la pena, existe la fundada sospecha de que ello esté orientado a favorecer la comisión de ese tipo de conductas.

Injerencia en la democracia comunitaria

Otra conducta despenalizada por el Código en materia electoral es la Injerencia en la Democracia Comunitaria, tipificada por el art. 238.d) de la Ley N° 026, consistente en la conducta de la “*persona particular o autoridad que intervenga, obstaculice o ejerza injerencia de cualquier tipo en procesos de elección o designación de autoridades, representantes o candidaturas en el marco de la Democracia Comunitaria*”, que tiene por bien jurídico protegido el derecho a la autodeterminación de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, la sanción es de privación de libertad de uno (1) a tres (3) años, y en el caso de ser servidor o servidora pública además la inhabilitación de la función pública por tres años. Es extraño que en el Código del Sistema Penal, sin que medie razón alguna, se hubiera despenalizado aquella conducta, contrariando el mandato del art. 2 de la Constitución de que el Estado garantiza el derecho a la libre determinación de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, por lo que una conducta de injerencia no es admisible y debe ser sancionada.

Uso indebido de bienes y servicios

Siempre en el ámbito de centralización de la tipificación de delitos y establecimiento de penas, el Código despenaliza otras conductas ya penalizadas por la Ley N° 004 de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Así, el Código ha despenalizado la conducta del servidor público que en beneficio propio o de terceros otorgue un fin distinto al cual se hallaren destinados bienes, derechos y acciones pertenecientes al Estado o a sus instituciones, a las cuales tenga acceso en el ejercicio de la función pública; conducta tipificada como delito de Uso Indebido de Bienes y Servicios Públicos por la citada Ley N° 004.

Cohecho activo y obstrucción de justicia

También ha despenalizado la conducta de prometer, ofrecer u otorgar en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero, o de una organización internacional pública, beneficios como dádivas, favores o ventajas, que redunden en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones para obtener o mantener un beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales; conducta tipificada como delito de Cohecho Activo Transnacional en la Ley 004.

Y lo mismo ocurre con la despenalización de la conducta de utilizar fuerza física, amenazas, intimidación, promesas, ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos por delitos de corrupción; tipificada como delito de Obstrucción de la Justicia por la Ley N° 004. Hablamos aquí de conductas que dado el bien jurídico protegido y la necesidad de enfrentar el crimen organizado de la corrupción, no debieron ser despenalizadas, pero que sin embargo ha ocurrido.

Bigamia, matrimonio ilegal, asistencia familiar

Entre las conductas despenalizadas se tienen aquellas que afectan como bien jurídico protegido el derecho de las familias; es el caso de los delitos que en el Código vigente se encuentran tipificados por los arts. 240 al 244.

Así, se tiene el delito de *Bigamia*, que sí está penalizado por el art. 240 del Código Penal en vigencia, y otros delitos relacionados como matrimonios ilegales, delito de responsabilidad del Oficial de Registro Civil, delito de Simulación de Matrimonio y el Delito de Alteración o Substitución de estado civil; lo que significa que en adelante esas conductas no constituyen delito, *por no estar tipificadas en el Código del Sistema Penal*, lo cual pone en riesgo la unidad familiar, con graves consecuencias para la sociedad que tiene como núcleo esencial la familia.

También se ha despenalizado los delitos contra los *deberes de asistencia familiar* que están tipificados por los arts. 248, 249 y 250 del Código Penal vigente. El nuevo Código del Sistema Penal, solamente tipifica el delito de Incumplimiento reiterado de Asistencia Familiar, despenalizando la conducta de incumplir, sin justa causa, las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherente a la autoridad de los padres, tutela o condición de cónyuge o conviviente, o de quien abandonare el domicilio familiar o se substraigiere al cumplimiento de las indicadas obligaciones; así como la conducta de dejar de proveer sin justa causa a la instrucción primaria de un menor en edad escolar, de permitir que el menor frecuente casas de juego o de mala fama o conviva con persona viciosa o de mala vida, de permitir que el menor frecuente espectáculos capaces de pervertirle o que ofendan al pudor, o que participare el menor en representación de igual naturaleza, de autorizar a que resida o trabaje en casa de prostitución, y de permitir que el menor mendigue o sirva a mendigo para inspirar conmiseración; finalmente, la conducta de abandonar sin prestarle la asistencia necesaria a la mujer que fuera de matrimonio hubiere embarazado.

En modo alguno se justifica el despenalizar dichas conductas que atentan contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de las personas adultas mayores y de las mujeres; derechos reconocidos por la Constitución, tanto como por la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto de Belén Do Pará.

4. Delitos relacionados con la corrupción

Con relación a los delitos vinculados a la corrupción, también se han reducido las penas, siendo así que, al tratarse del crimen organizado y tomando en cuenta el bien jurídico protegido, debieran mantenerse.

Así, el delito de Resoluciones Contrarias a la Constitución y a las Leyes, en el art. 153 del Código Penal vigente, modificado por el art. 34 de la Ley N° 004, está sancionado con la pena privativa de libertad mínima de cinco (5) y máxima de diez (10) años, agravándose en un tercio si el delito ocasiona daño económico al Estado; en cambio en el Código del Sistema Penal, el art. 116 lo tipifica como crimen, en los siguientes términos:

“La servidora, servidor, empleada o empleado público que dicte o emita resoluciones arbitrarias y manifiestamente contrarias a disposiciones expresas y taxativas de la Constitución Política del Estado, Bloque de Constitucionalidad o de una Ley concreta,

generando daño económico al Estado o afectando sus intereses, será sancionada con prisión tres (3) a seis (6) años e inhabilitación”.

La norma glosada, de un lado, se condiciona la consumación del delito a que la Resolución arbitraria y manifiestamente contraria a la Constitución, el Bloque de Constitucionalidad o de una Ley, genere daño económico al Estado o afecte a sus intereses; en caso de no concurrir cualquiera de las dos condiciones, no se consuma el delito. De otro, se rebaja la pena, el mínimo a tres (3) años y el máximo a seis (6) años, y sin existir razones fundadas para ello. Da la impresión de que para los crímenes o delitos que pueden ser cometidos por autoridades o funcionarios públicos, las penas tienden a rebajarse, mientras que para los delitos que pueden ser cometidos por las personas particulares o gobernados, las penas tienen que incrementarse.

En el delito de Contratos Lesivos al Estado, tipificado por el art. 21 del Código Penal actual, modificado por el art. 34 de la Ley Nº 004, el mismo está sancionado con la pena de un mínimo de cinco (5) años y un máximo de diez (10) años. Ahora, el Código del sistema Penal reduce a un mínimo de cuatro (4) años y un máximo de ocho (8) años.

Peculado, conducta antieconómica, malversación

El delito de Peculado, en el actual Código tiene una pena mínima de cinco (5) años y una máxima de diez (10) años y multa de doscientos a quinientos días. Ahora, el Código del Sistema Penal reduce la pena mínima a tres (3) y la máxima a seis (6) años e inhabilitación.

El delito de Conducta Antieconómica, en el actual Código está sancionado con una pena mínima de tres (3) años y una máxima de ocho (8) años. Ahora, en el Código del Sistema Penal la pena mínima se mantiene en tres (3) años y la máxima se ha reducido a seis (6) años e inhabilitación.

El delito de Malversación en el Código Actual está sancionado con la pena de privación de libertad mínima de tres (3) años y una máxima de ocho (8) años y multa de cien a doscientos cincuenta días. Ahora, en el Código del Sistema Penal la pena es simplemente de inhabilitación. Adviértase que según la configuración del tipo penal, la acción debe causar daño económico al Estado o entorpecimiento grave del servicio al que estuvieren asignados. La sanción prevista para el servidor público que incurre en este delito, comparativamente con la sanción establecida para la persona particular que incurre en el delito de Especulación Fraudulenta de bienes, es insignificante, ya que para ésta última la pena es de prisión mínima de tres (3) años y máxima de seis (6) años y multa sancionadora de doscientos cincuenta y un (251) a cuatrocientos (400) días; siendo así que en el caso de malversación el daño es al Estado.

Negociaciones incompatibles, beneficios ilegítimos, retardación de justicia

El delito de Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas, en el actual Código Penal está sancionado con la pena privativa de libertad establecida como mínimo cinco (5) años y una máxima de diez (10) años y multa de treinta a quinientos días. Ahora, el Código del Sistema Penal baja la sanción a prisión mínima de cuatro (4) años y una máxima de ocho (8) años e inhabilitación.

El delito de Beneficios en Razón del Cargo, en el Actual Código Penal está sancionado con la pena privativa de libertad mínima de tres (3) años y una máxima de ocho (8) años y multa de cien a doscientos cincuenta días. Ahora, en el Código del Sistema Penal tiene una multa sancionadora de doscientos cincuenta y un (251) a cuatrocientos (400) días, habiéndose eliminado la pena privativa de libertad.

El delito de Negativa o Retardo de Justicia, en el actual Código Penal está sancionado con la pena privativa de libertad mínima de cinco (5) años y máxima de diez (10) años. Ahora, el Código del Sistema Penal ha reducido a prisión mínima de tres (3) años y máxima de seis (6) años e inhabilitación; además el delito solamente es de Retardación de Justicia y ya no de denegación de justicia.

5. Acerca del microtráfico

El delito de Microtráfico, establecido en el art. 215 del Código del Sistema Penal, está tipificado en estos términos:

“La persona que, por sí o por medio de otra, posea, oferte, compre, venda, suministre, distribuya, intermedie o entregue sustancias estupefacientes o psicotrópicas señaladas en las Listas I, II, III y IV del Anexo de la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Controladas, en las cantidades señaladas a continuación, será sancionada con prisión de uno (1) a tres (3) años, decomiso y cumplimiento de instrucciones judiciales: 1) Si la cantidad de cannabis no supera los cien (100) gramos; 2) Si la cantidad de los derivados de cannabis no supera los diez (10) gramos; 3) Si la cantidad de pasta base de cocaína o sus derivados, no supera los cincuenta (50) gramos; 4) Si la cantidad de cocaína o sus derivados no supera los veinticinco (25) gramos; 5) Si la cantidad de opio no supera los cinco (5) gramos; 6) Si la cantidad de derivados de opio no supera los cero punto veinticinco (0.25) gramos; o; 7) Si la cantidad de drogas sintéticas, emergentes o sus derivados, no supera las cinco (5) unidades o los cero punto dos (0.2) gramos de principio activo”.

Tomando en cuenta que el bien jurídico protegido por esta norma es la salud y la vida misma, especialmente de los niños, adolescentes y jóvenes, la pena establecida para este delito resulta muy baja; lo que dará lugar a que en muchos casos los autores no sea pasibles a prisión preventiva, aún en el caso de riesgo de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad comprobada, ya que para esa aplicación la pena debe ser de prisión igual o superior a los 6 años, por previsión del art. 444; y en caso de que se le aplique una pena de hasta 2 años de prisión pedirá el perdón judicial, conforme establece el art. 661 del Código, y de aplicarse la pena de 3 años, el encauzado puede solicitar la suspensión de la sanción por previsión del art. 662 del Código. Como resultado, se puede generar peligrosamente una tendencia al microtráfico, por ejemplo en las unidades educativas, entre otros efectos.

6. Violaciones de DD.HH por las fuerzas del orden

Causa extrañeza que en el Capítulo de los Delitos contra la Humanidad, el Código del Sistema Penal no contemple el delito de violación de los Derechos Humanos, en los que incurren con

frecuencia los gobernantes cuando hacen un uso excesivo de la fuerza pública (Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales), cuando reprimen las manifestaciones y protestas públicas, argumentando resguardar el orden público.

Cabe recordar que, según el art. 12 de la Ley Nº 044 Ley para el Juzgamiento del Presidente y Vicepresidente del Estado, *“La Presidenta o Presidente y/o la Vicepresidenta o Vicepresidente del Estado Plurinacional, serán enjuiciados cuando en el ejercicio de sus funciones cometan uno o más delitos que a continuación se mencionan: b) Violación de los derechos y de las garantías individuales consagradas en el Título II y Título IV de la Constitución Política del Estado”*. Esta norma, en la práctica, no es aplicable porque el Código Penal en vigencia y ahora el Código del Sistema Penal no tipifican el delito.

7. Tipificación indeterminada e imprecisa de delitos

Ahora bien, uno de los graves problemas del Código del Sistema Penal es que la tipificación de delitos, en muchos casos, contiene cláusulas indeterminadas e indefinidas, por el uso de términos imprecisos y ambiguos. Esto es muy delicado, puesto que a la hora de aplicar la norma dará lugar a diversas interpretaciones. Así, el acusador particular y el Fiscal de Materia podrán interpretar en un sentido, la defensa en otro, y los jueces o tribunales en otro muy diferente. Desde las cláusulas indeterminadas e indefinidas en las normas sustantivas del Código del Sistema Penal, infringen el principio constitucional de la legalidad penal, en su componente del principio de taxatividad, y también el principio de seguridad jurídica, además de vulneran el derecho a la legalidad penal reconocido por el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Uso indebido de imágenes ajenas

Un ejemplo de lo anterior es el art. 143 del Código, que tipifica el delito de Uso Indebido de Imágenes Ajenas, en la forma siguiente:

“La persona que, sin autorización del titular o sus derechohabientes, utilice o difunda imágenes crueles o morbosas de víctimas de infracciones penales contra la vida, integridad física o libertad sexual y que afecten su dignidad o la de su familia, será sancionada con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y reparación económica”

En ese sentido, y debido a la ambigüedad de la tipificación, la norma citada podría ser aplicado a los periodistas, trabajadores de la prensa y los propietarios de los medios masivos de comunicación social. Un trabajador de la prensa o periodista que cubre la información sobre un accidente de tránsito, puede tomar imágenes de apoyo del hecho que contengan imágenes crueles, resultantes del accidente o, en su caso, de un acto de terrorismo; al momento del hecho no siempre será posible conseguir la autorización del titular o sus derechohabientes. De este modo, si se difunde las imágenes como parte de la información, incurrirá en el delito, ya que el sujeto activo determinado por la norma es “cualquier persona”, sin excluir de manera alguna a los periodistas o trabajadores de la prensa.

Mala práctica médica

Lo propio acontece con el art. 205 que tipificaba el delito de Daño a la Salud e Integridad Física por Mala Práctica, norma aplicable a toda persona que en ejercicio de su profesión, oficio o actividad cause daño a la salud o integridad física de otra persona, con una tipificación ambigua e imprecisa, ya que la conducta constitutiva del delito era causar daño a la salud o integridad física. Teniéndose que la palabra salud es una de textura abierta e indefinida, bien puede tratarse de salud física, fisiológica o psicológica, pero además las causas para provocar el daño señalado por la norma son indeterminadas e indefinidas, dando lugar a diversas interpretaciones.

Conducta antieconómica

Otro ejemplo es el art. 263 que tipifica el delito de Conducta Antieconómica:

“La servidora, servidor, empleada o empleado público que, hallándose en el ejercicio de cargos directivos o de similar responsabilidad, en instituciones o entidades públicas o empresas estatales, por manifiesta mala administración o dirección técnica, cause daños al patrimonio de ellas o a los intereses económicos del Estado”.

Adviértase que la conducta constitutiva del hecho criminoso es “la manifiesta mala administración o dirección técnica”, evidenciándose que se trata de términos ambiguos e imprecisos, ya que la mala administración o mala dirección técnica puede ser interpretada de diferentes formas; lo que para unos es buena administración, para otros podría ser lo contrario. ¿Cuáles son los parámetros para medir una “mala administración”? Luego, la consecuencia del hecho para configurar el delito es causar daños al patrimonio de las instituciones o entidades públicas o los intereses económicos del Estado; el problema es el quantum del daño; ¿será que un daño de Bs. 10.000 dará lugar a que se aplique la misma pena que a un daño de Bs. 100.000.000?

Sedición y otros delitos

Otros delitos que ya estuvieron tipificados por el Código Penal en vigencia, ahora son tipificados en los mismos términos por Código del Sistema Penal, tales como el delito de Sedición (art. 293), o delito de Atribuirse los derechos del pueblo, pero utilizándose cláusulas indefinidas e indeterminadas, con frases ambiguas e imprecisas para configurar el tipo penal; lo que implica que el legislador no ha corregido ni superado las deficiencias del anterior Código Penal.

Así, el art. 293 tipifica el delito de Sedición en los siguientes términos:

“La persona que, sin desconocer la autoridad del Gobierno legalmente constituido, se alce públicamente y en abierta hostilidad para deponer a alguna servidora, servidor, empleada o empleado público, impedir su posesión u oponerse al cumplimiento de leyes o decretos, ejercer algún acto de odio o de venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o trastornar o turbar el orden público”.

El hecho constitutivo del delito consiste en alzarse públicamente y en abierta hostilidad para, entre otros, impedir la posesión de algún servidor o empleado público, u oponerse al cumplimiento de leyes o decretos. Ahí se plantea un primer problema que es definir con claridad en qué consiste el acto de alzarse públicamente; será que, por ejemplo, la protesta pública que protagonizaron los profesionales del sector de salud, precisamente observando el art. 205 del

Código de Sistema Penal ¿se considera como una conducta de alzarse públicamente y en abierta hostilidad?

De otro lado, y con relación a la conducta de ejercer algún acto de odio o venganza en la persona o bienes de alguna autoridad; ¿cómo se determinará el acto de odio? En estos mismos días de protesta de los profesionales en contra del Código del Sistema Penal, el Presidente del Estado calificó dichas protestas como un acto de odio de los profesionales hacia los indígenas; entonces, ¿esos actos de protesta por la mala elaboración del Código son realmente conductas de odio?

Finalmente, con respecto a la conducta de trastornar o turbar el orden público, que se genera cuando algunas organizaciones o grupos de ciudadanos salen en protestas callejeras contra medidas o decisiones gubernamentales o exigiendo la reivindicación de sus derechos y proceden al bloqueo de las calles o carreteras obstaculizando el normal desarrollo de actividades. Al respecto, y tomando en cuenta que por orden público debe entenderse un clima de paz y tranquilidad social, se deberá concluir que esa conducta de protesta social ¿configura un hecho de trastornar el orden público y por lo cual será encuadrada al tipo penal de Sedición? Tales son los problemas que generan los tipos penales con cláusulas indeterminadas e indefinidas y expresadas en términos ambiguos e imprecisos.

8. Observación final

Lo evidente es que los tipos penales así formulados, generan el riesgo de que se instauren procesos penales extorsivos o, en su caso, se dé pie a una persecución selectiva de líderes cívicos, sindicales, sociales o políticos que expresen su posición crítica o contraria al gobierno de turno. En el fondo, una legislación que establece los delitos y sus sanciones en términos impropios, forzosamente ha de generar recelo, inquietud y desconfianza en los ciudadanos en general, y en algunos sectores sociales en particular; ya que deja al arbitrio de los abogados, fiscales y jueces la interpretación de las normas. Máxime cuando el sistema judicial atraviesa una crisis profunda de legitimidad, credibilidad y confianza, de pérdida total de independencia frente al poder político, de altos índices de corrupción, de retardación de justicia, de mala calidad del servicio y de falta de lealtad constitucional, entre muchos otros graves males que lastran la justicia.

En este contexto, hay que decir también que la derogación de los arts. 137 y 205 del Código del Sistema Penal, forzados por la presión social, no resuelve, ni mucho menos, los problemas y deficiencias estructurales de dicho Código. Es más, se diría que incluso agrava la situación, puesto que los médicos, por ejemplo, podrían ser objeto de persecución penal aplicándose otras disposiciones lesivas a sus derechos, como son las previstas por los arts. 94, 136, 153 y 154. Tampoco supera los graves riesgos y peligros de una incorrecta e indebida aplicación de las normas, debido a las innumerables falencias en la tipificación de los delitos.