

**UNIVERSIDAD LA SALLE
CARRERA DE DERECHO**



**LA IMPRESCRIPTIBILIDAD RESPECTO DE LA LEGISLACION
NACIONAL, VULNERACIONES AL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD DE LA LEY MARCELO QUIROGA
SANTA CRUZ**

Autor: Ronald Rodrigo Beltrán Tórrez

Tutor: Dr. Milton Iván Montellano Roldan

LICENCIATURA EN DERECHO

La Paz – Bolivia

2015

Agradezco a Dios por la fuerza, a mi mamá, papá, hermana y tío por alentarme y
hacerme una persona de bien, éste trabajo fue en gran parte gracias a ellos,
cuando uno recibe tanto amor, solo puede responder con amor y eterno
agradecimiento.
Todo lo puedo en Cristo que me fortalece. Filipenses 4, 13.

Índice

Capítulo I.....	1
Introducción.....	1
1. Generalidades	1
2. Antecedentes	3
3. Justificación del problema.	8
3.1 Justificación Social.	9
3.2 Justificación por su pertinencia.	9
3.3 Justificación por su novedad.	9
3.4 Justificación por su actualidad.....	10
3.5 Justificación jurídica.	10
3.7 Justificación de carácter académico.....	11
3.8 Justificación desde el orden económico.	12
4. Problema de investigación.	12
5. Pregunta de investigación.	13
5.1 Objetivo General.	13
5.2 Objetivos Específicos.	14
6. Hipótesis.....	14
7. Método Empleado.	15
Capítulo II.....	16
Prescripción.....	16
1. Reglas Generales.....	16
2. Efectos jurídicos del transcurso del tiempo.	17
3. Cómputo del tiempo.	17
4. Cómputos natural y civil.	18
5. Prescripción y caducidad como modo de extinción de las relaciones jurídicas.	19
6. Clases de Prescripción.....	20
7. La prescripción extintiva.	22
8. Fundamento de la prescripción.	23

9. Ámbito de la prescripción.	26
10. Requisitos para la aplicación de la prescripción.	27
11. Interrupción de la prescripción.	27
12. Comienzo de una nueva prescripción.	29
13. Suspensión de la Prescripción.	30
14. Efectos de la Prescripción.	31
15. Carácter de las normas que regulan la prescripción.	32
16. La Prescripción en la Constitución Política del Estado.	33
Capítulo III.	35
Conceptos e Historia de la Imprescriptibilidad	35
1. Marco conceptual del alcance de la ley 004.	35
2. Análisis histórico de los delitos imprescriptibles.	40
Capítulo IV.	48
Análisis de la problemática de la imprescriptibilidad en general y un acercamiento a la duración máxima del proceso.	48
1. Efectos del transcurso del tiempo, en materia penal.	48
Capítulo V.	58
Imprescriptibilidad de los delitos en su fundamento Jurídico.	58
1. Breve reseña histórica y efectos del transcurso del tiempo, respecto de la Imprescriptibilidad.	58
2. Fundamento doctrinario.	60
3. Teoría del Delito en su Implicación con la Imprescriptibilidad.	63
Capítulo VI.	66
Coincidencias y contradicciones de la Imprescriptibilidad en materia de Principios del Derecho Penal, orígenes y uso del test de proporcionalidad.	66
1. Principios del Derecho Penal.	66
2. Principio de Legalidad.	66
3. Principio de Prohibición de Exceso.	68
4. Principio de Taxatividad	68
5. Principio de Proporcionalidad.	69
6. Test de Proporcionalidad origen y uso	71

Capítulo VII.....	73
Análisis del bloque de Constitucionalidad Tratados y Convenios Internacionales sobre la Corrupción en relación a la Imprescriptibilidad y aplicación del test de proporcionalidad.....	73
1. Análisis del bloque de constitucionalidad en relación al instituto jurídico de la prescripción y delitos de corrupción.	73
1.1 Análisis de los artículos 112 y 256 de la Constitución Política del Estado.	73
1.2 Análisis sobre la Inconstitucionalidad de la Imprescriptibilidad.	77
2. Los tratados y convenios internacionales suscritos por Bolivia respecto a corrupción.....	77
2.1 Convenciones Internacionales suscritas por Bolivia relacionadas con la corrupción.....	77
2.2 Convenciones relacionadas con la materia de corrupción.	78
2.3 Relación de los tratados, con el artículo 112 de la Constitución Política del Estado.	80
2.4 Convenios relacionados con la Imprescriptibilidad.....	81
2.5 Marco normativo internacional de la lucha por los Derechos Humanos que implican imprescriptibilidad.....	84
3. Aplicación del test de proporcionalidad	86
3.1. Introducción al test de proporcionalidad	86
3.2. Ejecución del test de proporcionalidad	88
CAPÍTULO VIII.....	89
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	89
1.Conclusión Principal	89
2. Conclusiones Específicas.....	90
3. Recomendación Principal.....	98
BIBLIOGRAFIA	101

Capítulo I

Introducción

1. Generalidades

Las normas Jurídicas en general tienen relación con un periodo de vigencia en el cual comienzan a producir efectos jurídicos, la importancia de que exista éste tiempo está vinculada al momento de su entrada en vigor, ya que es desde ese momento que la Ley o en general las normas, comienzan a regir en la vida de los ciudadanos, hasta su desactivación o salida de la vida jurídica.

Este periodo de vigencia es de gran importancia para las personas, y cobra mayor relevancia en función de que, por principio, nadie puede alegar desconocimiento de la Ley, y es por ello, que la entrada en vigor de una norma señala el momento desde el cual un acto es prohibido o permitido, jurídicamente hablando.

En el ámbito del derecho sancionatorio, el Estado como ente protector de Bienes Jurídicos, tiene la obligación de dar a conocer las normas que rigen y regirán la vida de las personas, para que estas puedan abstenerse de realizar conductas que conlleven sanciones y que vulneren bienes jurídicos tutelados por el Estado.

Así, la convivencia social se encuentra garantizada entre otros, por la confianza de que los individuos conocen las normas y por ende lo que se encuentra prohibido, y también quedan advertidos sobre las sanciones que pueden sobrevenirles frente a la subsunción de las conductas al tipo penal establecido por la ley, pero por otra parte, conocen por exclusión (mandato de reserva) aquello que está permitido.

Con la puesta en vigor de la ley anticorrupción denominada Marcelo Quiroga Santa Cruz Ley 004 de 30 de marzo de 2010, se abre una nueva concepción y cambio del sistema de persecución del delito, en relación al tiempo que tiene el Estado para perseguir los delitos de corrupción y junto a ello se abre una serie

cuestionantes respecto de la proporcionalidad de esta persecución, en tanto administración de justicia en el país, pues el hecho de convertir en imprescriptibles lo delitos de corrupción, responde a una necesidad sancionadora del Estado, que sin embargo debe ser analizada con la seriedad del caso. Esta ley 004 instituye la figura jurídica de la Imprescriptibilidad de delitos de corrupción y delitos vinculados, en clara contraposición a las corrientes doctrinarias, que al respecto se aplican en el mundo entero. Esta nueva y única aplicación de imprescriptibilidad en materia penal, tiene origen en que no existe ningún otro delito que responda a esta característica, con excepción de los delitos de Lesa humanidad, pero podría presentar contradicciones con los principios y garantías procesales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico y no cumplir con la proporcionalidad que debe y con las disposiciones legales de nuestro país y las señaladas en Convenciones y acuerdos internacionales establecidos y ratificados por el estado boliviano. Es en este marco, que se enfrenta con el problema, primero de su débil fundamentación, la posibilidad de significar un exceso del Estado y como consecuencia de ello una falta de reconocimiento internacional ya que, los convenios internacionales sobre principios y garantías individuales que derivan de los principios generales del derecho, deben respetarse para dar mayor seguridad a los ciudadanos en la administración de justicia.

También es menester, examinar el marco de objetividad que pueda sostener como imparcial y objetiva la intencionalidad del legislador al perseguir desde el aspecto de la reprochabilidad jurídica a delitos de corrupción, ya que esto podría interpretarse subjetivamente como una tendencia de persecución penal a un ámbito inquisitivo que podría significar un importante retroceso en la evolución del derecho procesal penal en Bolivia. Se estaría dando un paso atrás en la historia evolutiva, en cuanto a que la aplicación de la imprescriptibilidad puede conducir a un retroceso en el camino, puesto que posibilita la inobservancia de principios generales del derecho procesal penal y las normas internacionales vigentes y de las que somos signatarios.

La LEY 004 presenta tres partes, fácilmente identificables: una parte dispositiva de nueva índole, del art 1º al 33º; una segunda, de modificaciones e incorporaciones al Código Penal y por último, la tercera que contiene las Inclusiones y modificaciones al Código de Procedimiento Penal, al Código Civil y Ley Orgánica del Ministerio Público.

2. Antecedentes

La Ley boliviana ha contado con las normas que marcan el comportamiento del Estado Boliviano con relación al ilícito de la **corrupción**, en su interpretación y acepción más grande o más en detalle, pero su cumplimiento y aplicación no han conseguido el ideal de respuesta. Décadas han transcurrido, gobiernos de turno han pasado, centenares de hombres y mujeres han ejercido funciones y han cometido o no tales delitos.

La corrupción ha sido objeto en los últimos tiempos de renovada atención, y ha ocupado un lugar central, en aumento como fenómeno mundial, aunque no es fácil documentar este extremo. Este acto adopta muchas formas y algunas malas prácticas que se consideran corruptas en un lugar, pero en otros lugares se las considera así, convirtiéndose en una cultura cotidiana y de aceptación expresa o tácita de la propia sociedad.

Entonces la franca lucha contra la corrupción generada desde el Estado, debe contemplar la necesidad de persecución, pero también los derechos de los particulares, puesto que los excesos significarían inseguridad jurídica, excesos en la persecución, ésta problemática alienta esta tesis que se desarrolla buscando la suficiente congruencia entre la ley y el examen de proporcionalidad, junto con sus principios y siempre perseguir la proporcionalidad del aparato Estatal y el particular.

La Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz busca luchar contra la corrupción. Una de las modificaciones que surgen dentro de esta ley, es la que plantea el hecho de la “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción” que es el fenómeno jurídico que debe ser revisado por el legislador.

Si bien es imperiosa la necesidad de luchar en contra de éste mal endémico de nuestra sociedad, tampoco se puede escapar a la realidad de que el particular no puede dejar de ser protegido por la norma, cuando una ley empieza a ser injusta con el particular, la misma pierde su legitimidad.

Unos desde una posición ejecutiva y otros desde la pasividad de ser simples ciudadanos de este país; unos vinculados al problema y los otros comprometidos con él, pero todos, de una u otra manera, estamos ligados a dicha realidad.

Las leyes, como tales, buscan establecer las normas requeridas para una sana convivencia humana y por ende para el ejercicio del derecho y el cumplimiento de deberes ciudadanos. Nadie está excluido, es más, la ley contempla a todo ciudadano y con respecto a éste todas las dimensiones de su existencia. La Ley “Marcelo Quiroga Santa Cruz” contempla los aspectos específicos que atañen al servicio público y el respeto a los bienes del estado, que en esencia somos y representamos todos y cada uno de los ciudadanos del país.

El Derecho Penal puede desempeñar un papel no despreciable en la lucha contra la corrupción, esta lucha supone prioritariamente reformas políticas-institucionales que permitan un mejor equilibrio de poderes una mayor libertad de información y de expresión, una participación lo más amplia posible del conjunto de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos.

Estamos claros en el hecho de que para que Bolivia tenga mejores y mayores posibilidades de progreso y simultáneamente logre justicia social las leyes deben

ser los indicadores equilibrados, estables, objetivos e imparciales, que marquen los límites de todo tipo de conducta y decisión.

La norma jurídica tiene por fin, el mantener el equilibrio dentro de una sociedad, es por esto que se mantiene el Estado de Derecho y la sociedad siente seguridad jurídica, derivando esto en la paz dentro de la misma, sin embargo esta paz social es cortada por varias acciones de los particulares, entre ellas se encuentran los delitos, que son una contravención a la norma, que genera un desequilibrio en la sociedad.

Para resolver dicho conflicto el Estado sanciona los delitos con penas privativas de libertad, con limitaciones a la libertad, como la detención domiciliaria, los arraigos y otras medidas sustitutivas a la detención preventiva, sin embargo la doctrina misma nos dicta que la sanción a un delito inicia desde su persecución, en vista de que el brazo persecutor del Estado, ya ejerce un alto nivel de presión sobre el encausado, por más que el mismo no esté efectivamente siendo procesado.

Entonces la aplicación de la Imprescriptibilidad, en los casos de delitos de corrupción, al ser una ampliación indefinida del poder persecutor del Estado sobre el particular, es un agravamiento de la pena en un sentido de presión sobre el encausado y comparando éste infinito, con el siguiente plazo de prescripción, las diferencias son notables, puesto que un asesinato prescribe en 8 años y el bien jurídico protegido, que precautela dicha sanción es la vida de una persona, por otra parte el bien jurídico protegido de la Ley 004, es la economía del Estado y sin límite en su persecución, desnuda cierta incoherencia respecto de lo que protege el Estado con más vehemencia.

Por lo antes expresado, el presente trabajo de investigación propone analizar el estudio de un tema que ha adquirido una importante relevancia en la actualidad, dado la sociedad en la que vivimos, no importando el estrato social, dicho tema a

ser tratado no es otro que la Imprescriptibilidad, aplicada por la Ley 004 Marcelo Quiroga Santa Cruz, artículo 29 bis.

La imprescriptibilidad en el mundo se comienza a debatir como la respuesta a los crímenes de lesa humanidad, en la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968”, esto extendía el poder punitivo del Estado debido a que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no solo son vivenciados por la sociedad afectada, cierta cantidad de tiempo, sino para el resto de su historia afectando no solo a la realidad específica, sino también a la humanidad entera y su futuro, es por esto que se llama delitos de lesa humanidad, ya que atentan contra toda la raza humana.

La reprochabilidad de delitos como el genocidio, que es el intento de eliminación de una raza, es muy alta en la sociedad, su conjunto vive y recuerda día a día este tipo de delitos, la historia de los mismos no desaparece con el transcurso del tiempo, esta es la principal razón de la existencia de la imprescriptibilidad, una masacre en la que fueron asesinados seis millones de personas no puede ser olvidada por el simple paso del tiempo, los sobrevivientes de dicha masacre recuerdan todos los días la falta de sus seres queridos, los responsables de estos hechos entienden la magnitud de sus acciones y el arrepentimiento no basta para compensar la pérdida de los afectados, pero las consecuencias de estos delitos de lesa humanidad, como su mismo nombre lo dice, afectan a la raza humana y la compensación por estos delitos debería ir dirigida a todos los seres humanos, pero esta compensación no puede darse por el solo pasar del tiempo, se debe analizar caso por caso los niveles de responsabilidad y los niveles de reprochabilidad, pero bajo ningún parámetro se pueden olvidar, y menos dejar en la impunidad estos hechos, es por esto que de nuevo se justifica la existencia de la imprescriptibilidad de este y solo este tipo de delitos.

Por otra parte, la prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene una naturaleza muy distinta, a la de los delitos denominados comunes y razones

también lógicas para su existencia, la primera razón para delitos de características normales, es que el paso del tiempo hace caer el delito por el propio paso del tiempo, pero esto no basta por sí solo para entender la desaparición de la responsabilidad penal, por esto, ese a paso del tiempo, se lo complementa de manera práctica con la aplicación del aforismo “tiempo que pasa, verdad que huye”, que no es el único parámetro para la aplicación de la prescripción. Para aclarar la figura, podemos usar el ejemplo de cualquier delito común, como por ejemplo un robo, al día siguiente de perpetrado el crimen se encuentran todos los cajones usurpados en desorden, huellas digitales de los delincuentes en todos los objetos que hayan tocado, la violación de la puerta de entrada con todos sus elementos y características del hecho, pero en el mismo lugar meses después ya no se encuentra nada, solo el recuerdo del hecho y eso ultimo también desaparece con el paso del tiempo incluso en los afectados o víctimas.

Es por esto que se afirmaba que el poder del tiempo borraba el recuerdo del delito, lo borraba del delincuente y también lo borraba de las víctimas, así como también de la conciencia del pueblo, pero no solo eso, sino que también cambiaba la personalidad del autor, esto se basa en el recuerdo borrado del hecho, que propone como su nombre lo indica, que el tiempo es como un reloj de arena que va tapando los recuerdos del delito grano a grano.

La personalidad del autor cambia desde el hecho hasta, el momento de que se cumple la prescripción, la persona que se pretendía juzgar ya no es la misma, entonces se cae una pérdida de las características del sujeto a juzgar, el curso del tiempo desaparece la impresión del hecho, sumados estos dos conceptos la prescripción tiene su explicación lógica y solamente entendiendo el poder del tiempo se puede entender la razón de existencia del instituto de la prescripción.

Otros fundamento primordial para comprender el instituto jurídico de la prescripción, es que el poder punitivo del Estado no puede estar vigente de por vida, o de manera indefinida sino que tiene que tener un tiempo límite para

ejercerlo, de otro modo estaríamos atentando contra otro de los derechos reconocidos mundialmente que es el derecho a una justicia pronta, y por tanto reparadora inmediata de bienes jurídicos.

El Estado Plurinacional boliviano, está generando nuevas formas de perseguir los delitos de corrupción, criminalizando y penalizando conductas, entre estos cambios uno de los más significativos es la ley Marcelo Quiroga Santa Cruz que hace modificaciones al Código de Procedimiento Penal y que realiza una alteración a la prescripción en nuestro sistema jurídico, el Artículo 29 bis de la norma dice: *“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”*.

La prescripción en nuestro sistema jurídico se maneja de esta forma:

Los delitos que tienen pena privativa de libertad de más de 6 años, prescriben en 8 años, los delitos que tiene pena privativa de libertad de menos de 6 años pero más de 2 años prescriben en 5 años, en 3 años los demás delitos que tiene pena privativa de libertad y en 2 años los delitos sancionados con penas de sanción que no son privativas de libertad, como dice el Art. 112 de la Constitución Política del Estado.

3. Justificación del problema.

El problema objeto del presente trabajo, emerge de la regulación de la Imprescriptibilidad de los delitos cometidos contra la economía del Estado que realiza la ley 004 promulgada el 31 de marzo de 2010, puesto que la inclusión de un nuevo Instituto Jurídico, podría significar un exceso de ampliación del poder persecutor del Estado frente al particular en el Sistema de Justicia Penal, tanto en su parte sustantiva, como en su parte adjetiva, para especificar más aun la

justificación del problema planteado se pasara a un análisis más pormenorizado de las razones que motivan el presente trabajo, desde varias ópticas.

3.1 Justificación Social.

El problema de ilegalidad y acto delincuencia (corrupción), nos obliga a realizar un análisis serio, profundo y responsable. Un análisis arrojado de una investigación y estudio que sea capaz de brindar no sólo luces sino respuestas lógicas, concretas y sostenibles para los efectos señalados que no son otros que el cumplimiento de la ley por todos y cada uno de los ciudadanos bolivianos.

Toda ley nace de la necesidad ciudadana y busca responder a la misma generando con ello los requisitos indispensables para una sana y correcta convivencia ciudadana en el marco de las normas jurídicas. Entonces, el problema planteado nos acerca a respuestas que podrán favorecer y enriquecer el tratamiento de la Ley 004 denominada Marcelo Quiroga S.C. y estudiar si la ampliación persecutora del Estado cumple con la proporcionalidad requerida por toda norma.

3.2 Justificación por su pertinencia.

Es apropiado y totalmente pertinente, realizar un análisis de la modificación antes indicada, puesto que se está comenzando a implementar esta normativa y a aplicarla en casos concretos donde se tramitan incidentes al respecto o en recurso jerárquico o impugnaciones de decisiones tomadas, por lo que se hace necesario contar con elementos de juicio sobre el particular y dilucidar sus contradicciones si el caso fuera, con la normativa nacional e internacional vigente en nuestro país.

3.3 Justificación por su novedad.

La ley anticorrupción es relativamente nueva, en su creación y más en su aplicación, si bien responde a un conjunto de normas que se han sancionado y promulgado en nuestro país como el acompañamiento natural a las innovaciones y cambio estructural de la Constitución Política de nuestro Estado, no es menos cierto que responden a un momento coyuntural social, político, económico y cultural diferente y actual, es por lo que sus características novedosas en el sistema punitivo nacional hacen que el momento sea propicio para su tratamiento.

3.4 Justificación por su actualidad.

Por lo señalado anteriormente y debido a que el problema es de debate y polémica en la actualidad, el presente trabajo se adecua a una necesidad de aportar reflexión y opinión sobre el tema de referencia, luego de una investigación relacionada a la aplicación de la imprescriptibilidad a nuestra realidad actual.

3.5 Justificación jurídica.

La inclusión al Código de Procedimiento Penal de la figura de la imprescriptibilidad en algunos delitos considerados de corrupción que analizaremos en este trabajo, quita la opción de detener la persecución del delito por el paso del tiempo, es decir elimina la prescripción de los delitos de corrupción, es en el marco del estudio jurídico de este trabajo que toma real importancia el estudio detenido de la nueva norma que establece:

-“Artículo 29 bis, Imprescriptibilidad. 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.”

La ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, promulgada el 31 de marzo de 2010, a la letra manifiesta en su objeto, es decir en el primer artículo del mismo cuerpo normativo: *“Artículo 1. (Objeto). La presente Ley tiene por objeto establecer mecanismos, y procedimientos en el marco de la Constitución Política del Estado, leyes, tratados*

y convenciones internacionales, destinados a prevenir, investigar, procesar y sancionar actos de corrupción cometidos por servidoras y servidores públicos y ex servidoras y ex servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, y personas naturales o jurídicas y representantes legales de personas jurídicas, públicas y privadas, nacionales o extranjeras que comprometan o afecten recursos del Estado, así como recuperar el patrimonio afectado del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales competentes y sus decisiones”.

Lo que significa la necesidad de legislar punitivamente contra lo que es considerado por todo boliviano, una necesidad imperiosa para poder frenar el vicio de corrupción que ha afectado a personas, entidades e instituciones desde hace muchos años y se ha constituido una mala referencia.

La presente investigación busca aportar un análisis completo desde el origen, la historia y los antecedentes de la Imprescriptibilidad, para determinar a través de un examen de proporcionalidad, si es correcta la aplicación de la Imprescriptibilidad en delitos que afectan el patrimonio del Estado.

3.7 Justificación de carácter académico.

Hoy, inmersos en un mundo globalizado, con un esquema mental colectivo de interdependencia a nivel internacional, en medio de una realidad nacional inmersa en el mercado de valores, mentalizada en el consumo, la negociación y la trampa, buscamos contribuir con un estudio analítico, serio y capaz de aportar a la formación académica y ética del profesional del derecho, del Juez, del abogado defensor, del fiscal y de todos los operadores y partícipes que actúan en el contexto de la ley y su aplicación, con el soporte que proporcione sostenibilidad y ecuanimidad a la misma, restando en el proceso como en la sentencia, juicios de valor, subjetivos, ambiguos, interesados, artificiosos y discrecionales que empantanen el proceso y/o desvíen su curso evitando se apliquen en el mismo institutos que luego podrían ser considerados inconstitucionales o contrarios a

normas internacionales, restando así la legitimidad, legalidad, ética, prudencia y buen criterio a la hora de emitir un juicio final que beneficie o perjudique al sospechoso, evitando el quebrantamiento de sus derechos y la esencia misma de la justicia.

3.8 Justificación desde el orden económico.

Para nadie es desconocido el hecho de que un juicio conlleva una serie de costos y tiempo tanto para los litigantes como para el Estado, esto genera un gran gasto público.

La retardación de justicia conlleva una doble pena para el encausado y además de un grave perjuicio contra la economía del Estado y de la sociedad afectada por los delitos, puesto que enjuiciar a una persona, conlleva un gasto para el Estado.

El pago a los jueces, a los secretarios, actuarios, lo realiza el Estado, entonces mientras más tiempo se tenga a los funcionarios públicos en un solo proceso, más se afecta la economía del Estado.

4. Problema de investigación.

Entre las inclusiones al Código de Procedimiento Penal se introduce el artículo 29 bis. Este nuevo artículo, incluido en el Código procedimental referido, aparentemente presenta un exceso de ampliación del poder punitivo y persecutor del Estado, significando de ésta forma y desde el análisis dogmático y jurídico del problema, una falta a la proporcionalidad exigida a cada norma promulgada por el Estado.

1.- Artículo 29 Bis, Que declara la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por servidores públicos, que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico al Estado.

De la redacción de éste artículo, podemos concluir que dentro del propio sistema acusatorio que sustenta la ley 1970, se ha introducido ésta modificación para intentar superar y sancionar con mayor eficacia los delitos contra el patrimonio del Estado.

Ésta investigación se centra en el estudio del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal a la luz de la doctrina penal, que trata, específicamente, del hecho de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en el Estado Boliviano, equiparando dichos delitos con los conocidos delitos de lesa humanidad, declarados “imprescriptibles” ante la ley de todos los países y estados pertenecientes o participantes del Convenio de Viena que enjuició y enjuicia a criminales de guerra (Juicio de Nuremberg, delitos de lesa humanidad, durante la Segunda Guerra Mundial).

5. Pregunta de investigación.

Con la inclusión al Código de Procedimiento Penal de la imprescriptibilidad implementada en la nueva ley Marcelo Quiroga Santa Cruz Nro 004. ¿Existirá algún tipo de exceso sobre la administración de justicia en relación a los principios y garantías doctrinales penales, reconocidas en la ley penal y la Constitución Política del Estado y las convenciones internacionales ratificadas por el Estado Boliviano?

5.1 Objetivo General.

Determinar la violación del principio constitucional de proporcionalidad, a través de un test de proporcionalidad, por la inclusión del Art. 29 bis, (**Imprescriptibilidad**) en el Código de Procedimiento Penal que realiza la Ley 004 Marcelo Quiroga Santa Cruz, a momento de establecer la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

5.2 Objetivos Específicos.

- Hacer una relación conceptual y de fundamentos, respecto del instituto jurídico de la prescripción en el derecho civil, que origina la Imprescriptibilidad.
- Efectuar un análisis Histórico de la Imprescriptibilidad, para asemejar los momentos prácticos para implementación de la Imprescriptibilidad en el mundo, con el proceso de cambio que enfrentamos en el tiempo actual en nuestro país.
- Estudiar la problemática de la Imprescriptibilidad, mediante una explicación a nivel doctrinal del efecto del transcurso del tiempo en materia penal.
- Analizar los fundamentos jurídicos de la Imprescriptibilidad, para contrastar dicha información doctrinaria, con la realidad que motivó la inclusión de la Imprescriptibilidad para los delitos que afectan la economía del Estado.
- Analizar las coincidencias y contradicciones de la Imprescriptibilidad con las teorías penales y el test de razonabilidad.
- Analizar si la imprescriptibilidad inmersa en la ley 004, concuerda con la Constitución Política del Estado.
- Analizar si la imprescriptibilidad está implementada cumpliendo los parámetros y sustento de los convenios y tratados internacionales y aplicar en este sentido el test de razonabilidad.

6. Hipótesis.

Con la inclusión del Art. 29 bis de la Ley 004 Marcelo Quiroga Santa Cruz al Código de Procedimiento Penal referido a la **Imprescriptibilidad**, no se cumple con lo señalado en el Test de proporcionalidad, debido fundamentalmente a que en su implementación no se tomaron en cuenta los principios universales y nociones doctrinales penales al respecto, reconocidas tanto en la normativa sustantiva, la Constitución Política del Estado y las Convenciones Internacionales ratificadas por el Estado Boliviano, generando un exceso (en tiempo de perseguibilidad de parte del Estado respecto a los delitos de corrupción y los delitos vinculados, posibilitando con esa falta de previsión probables demandas ante Tribunales Internacionales de Derechos Humanos de nuestro país dada

también la basta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto.

7. Método Empleado.

El método empleado será el dogmático jurídico.

Como expone el profesor Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez, el método dogmático jurídico es un proceso de búsqueda, indagación y estudio de un objeto jurídico concreto, a partir de la doctrina del derecho.

Acorde a una libre elección de las áreas y temáticas que se investigaran, que en el caso que compete el presente estudio, será el área del derecho civil y el derecho penal. (Witker, 2012)

El objetivo de ésta forma de investigación es doble:

- Fin teórico, que ayuda a interpretar los institutos jurídicos.
- Fin práctico, hacer posible la explicación de la norma.

Capítulo II

Prescripción

1. Reglas Generales.

El transcurso del tiempo produce importantes efectos en el desarrollo de las relaciones jurídicas.

Solo posando nuestra atención respecto de los derechos patrimoniales, podemos deducir que el paso del tiempo produce los siguientes efectos:

1) Nacimiento o adquisición de ciertos derechos.

2) La convalidación de los derechos constituidos irregularmente.

3) La extinción de derechos.

4) Y cuando un derecho no puede acreditarse o probarse por la fuente que le dio nacimiento, los ordenamientos jurídicos permiten que pueda probarse por el transcurso del tiempo. (Zea, 1989)

Todos y cada uno de los descritos efectos, hace referencia a una hipótesis diferente, ya analizándolos de forma más precisa y desglosada, en el primero se hace referencia a que una relación jurídica tiene la posibilidad de ser afectada por el sólo paso del tiempo, para el segundo efecto, el tiempo abre la posibilidad de transformar un derecho inválido o irregular perfeccionándolo, caso como éste se presenta cuando ha nacido un derecho, pero de manera irregular y con vicios, que normalmente representarían su nulidad o su anulabilidad. En tanto que el tercer efecto se refiere a la extinción de las acciones o pretensiones que se presenta cuando una persona, pudiendo reclamar el cumplimiento de una obligación, no lo

hace durante cierto tiempo y esto le significa la pérdida de su derecho de reclamar y por último, el cuarto es efecto y consecuencia de los anteriores tres, habla de derechos que no tienen una fuente de origen comprobable, como por ejemplo los contratos de palabra, pero con el paso del tiempo se comprueban por sí mismos. (Zea, 1989, pág. 305)

En nuestro Código Civil bajo el nomen juris de Disposición General DEL TITULO IV DEL TIEMPO, DE LA PRESCRIPCION Y DE LA CADUCIDAD. CAPITULO I De la computación del tiempo, se tiene que el tiempo se computa, conforme calendario Gregoriano, Art. 1486. (CIVIL, pág. 328)

2. Efectos jurídicos del transcurso del tiempo.

El paso del tiempo es un hecho natural, que produce múltiples efectos jurídicos, pero que se cumplen de dos formas: Por sí solos o junto a otras circunstancias.

Los ejemplos más clásicos en la doctrina son: La mayoría de edad que se consigue con el solo paso del tiempo, o la muerte que si bien va a llegar en algún momento, combinado con otras circunstancias como la realización o no de una aceptación expresa de la herencia bajo beneficio de inventario, por ejemplo, van a generar otro tipo de circunstancias Art. 1032. (CIVIL) (Abaladejo, 2002, pág. 881)

El Art.1492 que ya se encuentra en el Capítulo II del mismo TITULO IV, habla del efecto extintivo de la Prescripción. (CIVIL, pág. 329)

3. Cómputo del tiempo.

El tiempo tiene la posibilidad de ser determinado en derecho, por medio de una fijación directa por el momento específico del calendario, es decir el 21 de febrero de 1987, en el caso ejemplificado el cómputo no significa un problema, esto es el tiempo fijo.

El cómputo se explica en el Art. 1494. (CIVIL, pág. 329)

También se dan casos en los que el momento es precisado en base de algún otro momento, el ejemplo más claro de esto son los pagarés, que son pagaderos a cierta cantidad de tiempo, “*pagarás dentro de seis meses*”, o como en el caso que aborda el tema del presente capítulo que resulten tenidos en cuenta ciertos periodos de tiempo, “*prescripción de seis o de quince años*”. (Abaladejo, 2002, pág. 883)

En materia Procesal Penal el tiempo se computa conforme lo establece el art. 130: **Artículo 130°.- (Cómputo de plazos).** Los plazos son improrrogables y perentorios, salvo disposición contraria de este Código.

Los plazos determinados por horas comenzarán a correr inmediatamente después de ocurrido el acontecimiento que fija su iniciación, sin interrupción.

Los plazos determinados por días comenzarán a correr al día siguiente de practicada la notificación y vencerán a las veinticuatro horas del último día hábil señalado.

Al efecto, se computará sólo los días hábiles, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario o que se refiera a medidas cautelares, caso en el cual se computarán días corridos.

Los plazos comunes expresamente determinados en este Código comenzarán a correr a partir de la última notificación que se practique a los interesados.

Los plazos sólo se suspenderán durante las vacaciones judiciales; y podrán declararse en suspenso por circunstancias de fuerza mayor debidamente fundamentadas que hagan imposible el desarrollo del proceso.

4. Cómputos natural y civil.

Existen dos sistemas de cómputo:

La primera forma de cómputo se denomina de momento a momento, que es el origen de los plazos de que lleven el mismo nombre, por ejemplo: Un espacio de

siete días sería el que empieza a correr desde las once de la mañana del día uno de un mes hasta las once de la mañana del día ocho del mismo mes.

En el cómputo civil se toman en cuenta los días enteros, que van desde las doce de la noche del día en que comienza el plazo. Pero es importante hacer notar que el cómputo, que es regla, es el cómputo civil, la excepción es la que incluye fracciones del día, es decir el plazo de momento a momento es la excepción. (Abaladejo, 2002, pág. 884)

5. Prescripción y caducidad como modo de extinción de las relaciones jurídicas.

Existen formas mediante las cuales los negocios jurídicos pierden eficacia, interrumpen el curso normal que sería origen, desarrollo y fin, para concluir antes del cumplimiento de sus objetivos, para éstos efectos se ejemplifican la Prescripción y la Caducidad.

Los dos ejemplos son instituciones jurídicas devenidas del legislador, pero con algunas diferencias claramente identificables, para nombrar una, la prescripción puede negarse bajo el instituto jurídico de la Imprescriptibilidad.

El objetivo de la ley, para generar este tipo limitaciones, es el evitar la inseguridad y el alargamiento excesivo de algunas situaciones no definidas, para que esto se cumpla, la ley pone límites temporales a los derechos y las acciones que los protegen.

En nuestro Código civil dentro del Libro tercero de las obligaciones, el título segundo que versa sobre la Extinción de las Obligaciones, en sus disposiciones Generales y más precisamente en su Artículo 351 (CIVIL) hace un listado de los modos de extinción de las obligaciones y este en su inciso séptimo dicta la prescripción.

Explicando que la Prescripción no hace perder el derecho, sino la acción judicial, evidentemente porque el paso del tiempo ha dejado sin protección jurisdiccional, subsistiendo solo como un derecho natural, es decir que cuando la parte obligada cumple, sin importar el transcurso del plazo, el cumplimiento es efectivo y no puede ser a posteriori repetir contra el obligado, arguyendo que la acción habría prescrito antes del cumplimiento, esto quiere decir que en Derecho Civil la Prescripción no actúa de forma automática.

Por otra parte, la caducidad si hace perder el derecho y no solo la acción, tiene características más radicales y terminantes, puesto que al desaparecer el derecho, cualquier cumplimiento posterior es un cumplimiento tardío.

La prescripción es una institución que funciona como regla, es decir que es general y que se aplica a todos los derechos menos a los que la ley expresamente los convierte en excepción y dispone su imprescriptibilidad, los ejemplos más claros en materia civil son: la nulidad absoluta y/o los derechos de familia como las Pensiones o responsabilidad económica del o la progenitora para con sus hijos e hijas.

La caducidad funciona en sentido opuesto, ya que solo se aplica a los derechos especialmente sometidos a un plazo de existencia, en este sentido se dilucida que si no se establece los derechos no caducan. Art. 1514, (CIVIL).

Entre las características de la Prescripción está: Que solo deviene de la ley, que se interrumpe, suspende y dispensa en ciertas circunstancias. (Cifuentes, 1999, pág. 417)

6. Clases de Prescripción.

La prescripción puede ser de dos tipos: Adquisitiva o usucapión y Liberatoria o extintiva.

“La adquisitiva hace adquirir un derecho por el transcurso del tiempo durante el cual se lo ha poseído continua e ininterrumpidamente, sin que el titular propietario actuara para ejercer su prerrogativas de tal ni interrumpiera la posesión del usucapiente. La liberatoria – que es la que se estudiará con más detenimiento, es la pérdida de la acción judicial que tutela un derecho, por causa del transcurso del tiempo fijado por la ley frente a la inactividad del dueño del derecho” (Abaladejo, 2002, p. 888)

Más allá de esta división, se debe tener en cuenta que por el plazo, existen tipos de prescripción: La liberatoria ordinaria que sin excepción tiene un plazo de 5 años y las especiales que tienen plazos más cortos que varían entre los 3 años y los 6 meses, etc, con la única condición de que sin excepción exista una disposición concreta y particular sobre cada uno de los plazos especiales.

En el Código civil boliviano se denomina disposición general de 5 años y sus excepciones, trienal, bienal y anual. En los Art. 1508, 1509 y 1511. (CIVIL, pág. 332)

“La adquisitiva o usucapión tiene un plazo general cuando hay buena fe y justo título en el poseedor usucapiente, que es de 5 años. Pero si es de mala fe o no tiene justo título, para usucapir se requieren 10 años. Como se ha señalado, en esta prescripción se requiere que la posesión sea continua y no interrumpida por 5 o 10 años, según los casos. En esta prescripción, una persona que no es dueña del bien hace actos posesorios, de ese bien durante el plazo señalado, sin que el dueño lo impida ejerciendo sus derechos de propietario. Esta usucapión puede invocarse por acción o excepción.” (Cifuentes, 1999, p. 411)

Esas son las clases de prescripción que existen, sin embargo en el Código Civil la Usucapión puede ser quinquenal u ordinaria, como está plasmado en los Arts. 134 y 138. (CIVIL)

7. La prescripción extintiva.

El paso del tiempo junto a algunos factores provocan la adquisición o extinción de derechos a través de varias figuras jurídicas, que son la prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva.

Los derechos desaparecen cuando por determinada cantidad de tiempo se mantienen inactivos e irreconocidos, esto significa que no se ejercerían por el titular del derecho, además tampoco se reconoce si existen por el obligado o el poseedor, esta es la prescripción extintiva.

La acción es el medio o poder que es facultad de las personas para solicitar que se tutelen sus derechos mediante la protección judicial, en el caso en que este derecho este siendo violentado, así el propietario de un bien inmueble tiene la posibilidad de accionar contra un poseedor, para que el bien de su propiedad sea restituido, por medio de una acción llamada Reivindicatoria.

La extinción de un derecho por prescripción de la acción, es de lo que normalmente se usa en doctrina, puesto que no existe acuerdo total sobre cuál de los dos es el que prescribe si en derecho o la acción, o si lo que ocurre es que aun existiendo la una o la otra, la prescripción consiste en que la ley faculta al sujeto pasivo a que, usando el transcurso del tiempo, rehúse hacer lo que debe, cuando se le reclame, pasado el plazo de la prescripción y se haya extinguido el derecho.

La prescripción pasa en el fondo porque cuando el derecho se encuentra inactivo e irreconocido por cierta cantidad de tiempo, la posibilidad de accionar la prescripción se deja a la buena voluntad del sujeto pasivo, quitando al titular la posibilidad de imponerse ante el que va a accionar la prescripción.

Los autores se han ocupado, en el tema de la prescripción, de analizar qué prescribe: Si el derecho o la posibilidad de acción y resumiendo la posición generalizada de la doctrina se tiene que: Prescriben las “facultades de exigir”.

Sin embargo queda una parte de la doctrina que se mantiene en la posición que lo que prescribe es el derecho y alegan que si se está comprendido que la prescripción solo afecta la realidad procesal del derecho, dejándolo latente, al derecho le quedaría la posibilidad de ser invocado por el titular fuera de su efectividad.

Pero la anterior posición debe ser rechazada por lo que expone, ya que la prescripción no produce los efectos analizados por la misma, debido a que dicho efecto no es la extinción del derecho ni de la acción, de tal manera, que existiendo ambas se podrían invocar y accionar también, pero como consecuencia del paso del tiempo en la prescripción, lo que se produce, ha sido la de retirar al titular del derecho de sobreponer éste, dejándolo a la voluntad del sujeto pasivo, resultando lo mismo del campo procesal como del extraprocesal, de la misma forma cuando el titular exige su derecho que cuando lo opone a la exigencia del pasivo.

El derecho prescrito se deja a la buena voluntad del sujeto pasivo, quitando al titular el poder imponer su derecho frente a terceros, situación que podría ser entendida como contradictoria por la subsistencia del derecho, pero el titular al no poder imponer su derecho no es igual a su extinción. (Abaladejo, 2002, pág. 890)

8. Fundamento de la prescripción.

La prescripción se halla en la opinión, que no está del todo uniforme entre los estudiosos, de que el poder público no va a proteger de forma indefinida y con el vigor que descarga esa protección en los casos comunes, a los derechos que no son usados por el titular ni son reconocidos por aquel por sobre quien pesan, pero ello va contra la seguridad jurídica general, que podría sufrir una alteración si el accionar se ha prolongado durante un periodo de tiempo muy largo sin ser

dubitado, asumido o impugnado, siendo atacado después, por acciones que nunca habían sido ejercidas por nadie hasta entonces.

Por otra parte, existe la idea de que peca el negligente, que es el titular del derecho que al no usarlo en el tiempo oportuno lo pierde, con la inexistencia de la prescripción, no estarían cubiertas las reclamaciones carentes de verdadero fundamento, además que la propia persona que sufra de este descuido no tenga posibilidad de defenderse, hasta se podría haber dejado perder los medios de defensa que habría tenido contra las mismas o no acordarse.

En la jurisprudencia, con cierta cotidianidad se usa el argumento de que la prescripción, suele entenderse con directa implicación con la seguridad jurídica o el abandono presunto del derecho, o en el mantenimiento de la estabilidad de las relaciones jurídicas, por más que ello no se ajuste a la estricta justicia, o en la posibilidad de ser castigo a la negligencia y descuido en el uso de los derechos o la inactividad de estos o por último su ejercicio tardío.

Es innegable que por más lógico que suene, no es acertado fundamentar la prescripción en un presunto abandono del titular respecto de su derecho, que es una omisión hecha desde la voluntad de este, está más bien claro que el derecho prescribe porque objetivamente el trascurrió el tiempo, durante el que cabía imponerlo.

Sólo, y de una forma no exacta queda exponer que el abandono del derecho por cierta cantidad de tiempo, lo supone abandonado, si bien es cierto y evidente que, aunque fuera cierta la voluntad de no abandonarlo, igual prescribe, el asegurar que no se necesita más prueba que el solo abandono del derecho, sería poner en manifiesto que lo que no importa es el presunto abandono, sino más bien lo imperante para la decisión de prescripción es el no ejercicio.

Los motivos expuestos, hacen al fundamento de la prescripción, no así para imponer la extinción del derecho o la acción, sino, más bien, para darle al sujeto pasivo la facultad a que se niegue a satisfacer la reclamación del titular negligente, el pasivo podrá si quiere invocar la prescripción, puesto que no sería coherente protegerle automáticamente, sin la condicionante de que él decida, puesto que es probable que decida no invocar prescripción.

El derecho, con el tema de la prescripción facilita un arma para que sea utilizada a discreción del pasivo, desde el punto de vista moral no se debe servir de la prescripción el que realmente se sabe obligado a lo que se reclama, es decir aquel que de mala fe la estaría accionando, pero en pro de la seguridad jurídica y respetando el principio del mal menor, es preferible correr el riesgo de que se la use injustamente en algún caso, a dejar expuestos a todos los reclamos, de cuya legitimidad o ilegitimidad es difícil estar seguro.

Algunas escuelas estiman que la prescripción podría ser incluida dentro de un sistema restrictivo, para evitar las injustas acciones de prescripción en los casos que expusimos anteriormente, es decir que en la duda se debería rechazar la prescripción, por ser como se ha dicho ya, “Un instituto no fundado en la intrínseca justicia”, y que debido a eso el inicio de la prescripción, no es seguro y debe calcularse que es lo más tarde de lo que se discuta, así se evitaría la prescripción. (Abaladejo, 2002, pág. 893)

La necesidad de seguridad de las relaciones jurídicas es muy importante, cuando los presupuestos que forman el contenido de la propiedad, cuales son la titularidad y el ejercicio de la posesión, no siguen su destino normal por estar separados el uno del otro, es menester establecer medidas para volver a la normalidad, terminando la disgregación.

Esto ocurre, ya sea cuando el titular del derecho reclama el ejercicio o posesión que tiene otro, mediante la acción negatoria o la acción reivindicatoria, que están e

nuestro Código Civil en los Arts. 1454 y 1453 respectivamente (CIVIL, pág. 320), están acciones se demandan ya sea cuando, se presente el abandono definitivo de la titularidad a favor de quien ejerce su derecho de facto, ya que se presume el abandono del derecho al no reclamar el ejercicio. (Zea, 1989, pág. 306)

9. Ámbito de la prescripción.

El espíritu de la ley reduce el ámbito de aplicación de la prescripción, más aún de lo que textualmente dice la ley, que prescribe el derecho y la acción, puesto que esto no significa que prescriban todos, sino que, dentro del ámbito al que la prescripción se extiende según la concepción del Código, resultan indiferentes las clases de derecho o de acción de que se trate el caso en específico.

La prescripción se aplicará a los derechos y acciones patrimoniales, entonces que por prescripción se extinguen en un inicio, todos los derechos y acciones, pero solo esos derechos y esas acciones, por lo que los demás derechos como los de la personalidad o de familia, no son prescriptibles como se dijo anteriormente.

La anterior afirmación no está enunciada de forma explícita en la ley, sin embargo es lo que manifiesta el espíritu de la ley, para sostener esta concepción debemos aseverar que la prescripción extintiva sólo se centra en acciones relativas a derechos patrimoniales.

También, y de nuevo como sostén de lo que se interpreta de la ley, se tiene que el susceptible de prescripción todo lo que se encuentra dentro del comercio de los hombres, eso significa que se excluye de aquella a los derechos y acciones extra patrimoniales, que se encuentran por fuera del comercio.

Entre el grupo de los derechos patrimoniales, se aplicará la prescripción a todos, pero no aisladamente a las singulares facultades, como de una forma inexacta pero muy frecuentemente se llaman derechos, para ejemplificar esta inexactitud conceptual se puede citar la propiedad de un bien mueble, del cual se dice que el

dueño tiene derecho de usar la cosa, el de obtener sus frutos, disponer del mismo, entre otros, que en realidad no son derechos, sino facultades contenidas en el derecho propietario, pues bien todas estas resultan afectadas en conjunto por la prescripción del derecho, pero no son desglosables a efectos de la prescripción extintiva, de la misma forma no son prescriptibles los derechos potestativos que no sean realmente derechos, sino facultades secundarias, contenido de una relación jurídica, como la facultad de impugnar un contrato, que si bien se extinguen por el mismo paso del tiempo, pero no por la prescripción, sino mas bien por caducidad. (Abaladejo, 2002, pág. 895)

10. Requisitos para la aplicación de la prescripción.

Acorde al concepto que se esbozó, de prescripción, la misma requiere de varias circunstancias:

1) Inactividad del derecho, quiere decir que no haya existido ningún tipo de ejercicio de la acción ante la operativa judicial, ni tampoco reclamaciones extrajudiciales del titular del derecho, ni reconocimiento del mismo por el sujeto pasivo del derecho no tutelado.

2) Que en el tiempo en el que se cumplen los plazos que la ley determina pese a lo expuesto en el requisito primero, es decir que el no accionar en protección del derecho se cumpla por un plazo determinado por la misma ley. (Abaladejo, 2002, pág. 897)

11. Interrupción de la prescripción.

Como se dijo en el apartado anterior, el derecho prescribe porque no se ejercita, entonces es natural pensar que siendo la interrupción un corte de la prescripción se va a producir cuando el titular hace uso del derecho, cosa que ocurre cuando el

derecho se reclama por ejemplo, muy aparte de que el obligado acepte, no acepte o simplemente desconozca la petición del titular, en caso de que no la haya recibido.

Una vez interrumpida la prescripción, ya no sirve de nada el tiempo ya transcurrido, en este caso deberá volver a pasar todo el tiempo y cumplirse el plazo.

La interrupción funcionara en tres casos según lo que expone el Dr. Manuel Albaladejo:

- 1) Por el ejercicio de la correspondiente acción ante los Tribunales.
- 2) Por la reclamación extrajudicial del titular del derecho, frente al sujeto pasivo.
- 3) Por cualquier acto de reconocimiento del mismo por este sujeto pasivo; pues en todos los casos cesa lo que he llamado inactividad del derecho, inactividad que, para que se produzca la prescripción, es preciso dure (es decir, se dé ininterrumpidamente) el plazo que la ley marque. (Abaladejo, 2002, p. 880)

La interrupción se produce de la misma forma, cuando se inicia un proceso criminal en averiguación de un delito o falta, que conformen el hecho que causo el daño un derecho que haya teóricamente prescrito, pero que su prescripción haya sido interrumpida antes de que se cumpla el plazo establecido, entonces la decisión del conflicto deberá suspenderse en caso de haber comenzado, hasta que dicte sentencia firme en la causa criminal.

A partir de ese momento, volverá a comenzar la prescripción civil del derecho del que se trate, dicho eso, habrá que estudiar con más precisión, la interrupción de la prescripción por procedimiento penal, puesto que es de suma importancia este

menester, cuando se trata el tema de la responsabilidad civil fruto de actos ilícitos y comprender con mayor cercanía, cuándo se interrumpe o prescribe el derecho.

Entonces enunciados los procedimientos que interrumpen la prescripción, con relación a los tres primeros que hacen referencia al Derecho en General, habría que hacer notar que se aplica a todos los casos, además de examinar algunos temas que saca a la luz la interrupción judicial y por ultimo pormenorizar extremos que hacen relación con lo extrajudicial, re conociendo al sujeto pasivo. (Abaladejo, 2002, pág. 909)

12. Comienzo de una nueva prescripción.

Ya se ha dicho en el presente capítulo que en los casos en los que se produce una interrupción de la prescripción, es preciso que vuelva de nuevo a correr el tiempo, en vista de que el antes transcurrido ya no sirve para que se pueda accionar, no se computa para ése efecto.

En caso de que el acto que interrumpió la prescripción, consistiera en poner en movimiento el aparato Judicial, la misma, dura hasta que el proceso judicial termine, pero los procesos no tienen una sola forma de terminar, entonces se plantean varias posibilidades, en caso de que el caso termine en desistimiento del acusado, o por caducidad de la instancia o en los casos en los que se absuelva al demandado, la interrupción ya se tiene por producida.

En los casos en los que el proceso termina con una sentencia firme, es decir que la demanda es aceptada en su totalidad, la prescripción vuelve a comenzar a partir del siguiente día de existencia de la sentencia ejecutoriada, se inicia un nuevo plazo procesal, respecto de lo que se exige en la sentencia, es este sentido el profesor Roxin afirma que es ilícito prolongar los plazos procesales y también suprimirlos. (Roxin C. , 1997, pág. 165)

El tercer y último caso, en el accionar del aparato judicial que interrumpe la prescripción, es el inicio de un procedimiento criminal es decir un proceso penal, pero en este caso la prescripción vuelve a correr al día siguiente de la notificación al prescribiente, en la conclusión del proceso o al día siguiente de la sentencia firme, que es también lo mismo que pasa por el vencimiento del plazo de la posibilidad que es claramente potestativa de interponer un recurso. (Abaladejo, 2002, pág. 920)

13. Suspensión de la Prescripción.

Todos los tipos de Interrupción, inician un nuevo plazo y la prescripción, por decirlo de alguna forma vuelve a comenzar, pero esa no es la única posibilidad de cortar el plazo.

También existe la suspensión, que como su nombre lo indica, no interrumpe, sino suspende valiendo la redundancia. “La suspensión, mientras dura, paraliza el curso de la prescripción (Prascripto dorinit); pero, a diferencia de la interrupción, no utiliza el lapso de tiempo ya transcurrido, y cuando la suspensión cesa (si llega a cesar) y la prescripción comienza de nuevo a correr, para calcular el plazo total, se computan sumándolos, el tiempo de prescripción transcurrido antes de la suspensión, y el transcurrido después”. (Abaladejo, 2002, p. 886)

Una suspensión se puede incluso presentar una vez iniciada la prescripción, de la misma forma en los casos en los que existió la causa de la suspensión en el momento en que, de no haber sido fructífera, se habría iniciado aquella. Después se puede llegar a la conclusión que el periodo del tiempo en el que no se pudo ejercitar el derecho la prescripción estaba en un estado de suspensión.

Existen algunas circunstancias que podrían ser considerados como causales de incapacidad del titular de ejercer su derecho sobre el bien, este fenómeno descrito

afectaría directamente la prescripción suspendiéndola, ya que en la misma historia dichas situaciones fueron actos suspensivos, pero han desaparecido.

Lo que dispone que los derechos y las acciones que son sujeto de extinción por prescripción, funcionan en contra de cualquier persona, ya sea natural o jurídica, en los mismos terminos dictaminados por la ley, con una sola salvedad que es la excepción dentro de la regla, que se aplica en los casos de las personas que se vieron impedidas de administrar sus bienes por haber tenido representantes legítimos cuya negligencia haya sido la causal de la prescripción.

De todas formas y aún no establecido de forma permanente, existe la posibilidad en Derecho de plantear la hipótesis de suspensión de la prescripción, como por ejemplo la expuesta en el código de Comercio, el caso de guerra, de epidemia, etc. (Abaladejo, 2002, pág. 922)

14. Efectos de la Prescripción.

Haciendo hincapié en la relación que causa la prescripción es en resumen la negligencia del sujeto activo del derecho o acción que no la ejerce un una determinada cantidad de tiempo, sumada a la buena fe del sujeto pasivo que es un no hacer pero sin vicios, pues bien a este sujeto pasivo, cuando pasa el plazo de la prescripción, se le genera al facultad potestativa y no imperativa, de ampararse en ese instituto del derecho y denegar lo que debía hacer, con la aclaración ya repetitiva de que no existe la extinción Ipso Jure.

Esta facultad potestativa que le entrega el derecho al sujeto pasivo, importa también una posibilidad para el sujeto activo del derecho o la acción, que aun cumplido el plazo de la prescripción pueda acudir a una instancia extrajudicial para ejercitar su derecho o acción en contra del sujeto pasivo e incluso de interponer acción ante los Tribunales que hasta ese momento no usó.

Dichas instancias no podrán rechazar de oficio la demanda, por más que sea evidente que ha transcurrido el tiempo de la prescripción, esto se justifica en el mismo argumento de que esta institución jurídica no funciona *Ipso Jure*, si el sujeto pasivo no alega u opone a la petición del demandante, es decir si no excepcional, el paso del tiempo no servirá de nada y el pasivo será obligado a cumplir lo que deba o restituir el bien reclamado, de la misma forma cuando se enfrenta un reclamo se debe ejecutar lo que, invocado su derecho prescrito, se le exige jurídicamente no puede considerarse que realiza un acto liberatorio, sino más bien que cumple un deber, fenómeno que tiene directa implicación en algunos y determinados efectos.

Los efectos de la prescripción dependen de todas las condiciones antes descritas, pero también existe la renuncia a la prescripción ya ganada, con la salvedad que la misma ley dispone que no exista la renuncia previa a la prescripción.

En vista de que el derecho y la acción subsisten, la renuncia a la prescripción no causa que ambos subsistan, simplemente quita al renunciante la posibilidad de oponer la prescripción al reclamo judicial o extrajudicial del sujeto activo.

La renuncia a la prescripción puede ser de dos tipos, expresa o tácita, para hacerlo es requisito tener capacidad de enajenar y contar con las autorizaciones requeridas en los casos que sea necesario.

Aun con la existencia de una renuncia y muy a pesar de esta, la prescripción se puede hacer valer, pero solo por el sujeto activo del derecho o la acción que es perjudicado por la prescripción. (Abaladejo, 2002, pág. 922)

15. Carácter de las normas que regulan la prescripción.

Algunos estudiosos comprenden que las normas que incumben a la prescripción son derecho cogente, esto quiere decir que son normas necesarias para la

convivencia de la sociedad, sin embargo se debe hacer notar que no es del todo cierta esta afirmación, debido a que bajo algunas circunstancias, los particulares aplican la norma de tal forma en el adjetivo que no sigue la línea del espíritu de la norma, lo cual infiere, de todas formas, que la Autonomía de la Voluntad de los participantes en estas relaciones jurídicas, ya que tiene llegada a todos los efectos y extremos de la prescripción.

La institución jurídica de la prescripción no permite que los particulares puedan imponerse ante lo estipulado por la ley, esto significa que no surgen efectos jurídicos los tratos entre particulares para la prescripción, así que el derecho, para su prescripción solo tendrá que ser de determinado tipo, o que el plazo sea uno u otro, o que comencare a computarse en distintos momentos como ya se dijo anteriormente en este trabajo, cuando se tocó el tema del inicio.

Sin embargo de todo el análisis, la legislación es clara respecto de éste tema, acorde a los Art. 1249 y 1349 del Código Civil, la prescripción es de orden público y está definido solamente por el Estado.

(Abaladejo, 2002, pág. 924)

16. La Prescripción en la Constitución Política del Estado.

“Art 112: Los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, de crímenes de guerra y los delitos contra el medio ambiente son imprescriptibles.”

Como corresponde dentro de la economía jurídica, existen algunos delitos que por altísima reprochabilidad, contra el bien jurídico protegido de más alta valía, que es la vida o la protección a la estabilidad del Estado, no pueden ser sujetos a prescripción, de modo que son enlistados con mucha precisión y detalle en nuestra Constitución,

Esta es una clara prueba más de que la característica de Imprescritibilidad es tan seria para un Estado que está claramente estipulada en su Carta Magna, no como un genérico, sino como lo que es en realidad, una excepción de “números clausus” dedicada sólo a violaciones que atenten gravemente contra la vida.

Capítulo III

Conceptos e Historia de la Imprescriptibilidad

1. Marco conceptual del alcance de la ley 004.

En el inicio del análisis del Artículo 29 bis, debemos saber lo que significa en primer término la prescripción, que es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permite la extinción de los derechos o la adquisición del perdón social por transcurso del tiempo.

Prescripción: En Derecho Civil, Comercial y Administrativo, medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo que la ley determina, y que es variable según se trate de bienes muebles o inmuebles y según también que se posean o no de buena fé y con justo título. La prescripción llámese adquisitiva cuando sirve para adquirir un derecho. Y es liberatoria cuando impide el ejercicio de la acción para exigir el cumplimiento de una obligación.

Estos plazos liberatorios son muy variables, conforme a la acción que se trate de ejercitar.

El Diccionario de la Academia define con acierto esta institución cuando dice que es la acción y efecto de prescribir, o de adquirir una cosa o un derecho por la virtud jurídica de su posesión continuada durante el tiempo que la ley señala, o caducar un derecho por lapso señalado también a este efecto para los diversos casos.

En Derecho Penal, extinción de la responsabilidad por el transcurso del lapso fijado por el legislador para perseguir el delito o la falta, incluso luego de quebrantada una condena. (Ossorio, 2005, pág. 761)

La utilización de la palabra prescripción en Derecho se reduce a la acepción de prescripción que es extintiva o liberatoria, mediante la cual se pierde el derecho de ejercer una acción por el transcurso del tiempo.

El tiempo lleva a la consolidación de ciertos derechos o a la pérdida de los mismos.

Llegando y acercándonos más a una definición propia de derecho penal, la prescripción en esta materia es una de las causas que extinguen la responsabilidad criminal fundamentada, como en las demás ramas jurídicas, en la relevancia que debe concederse al paso del tiempo en el Derecho Penal. Atendiendo al lapso que transcurre entre la comisión del hecho que en caso de la ley 004 sería la comisión de uno de los delitos de corrupción a los que atañe la norma y la obtención de una sentencia firme, estamos en el ámbito de la prescripción de la infracción penal o, en su caso, del hecho delictivo cometido por un inimputable, pero sin embargo lo importante es, el lapso transcurrido entre la pena o medida de seguridad impuestas y su ejecución, la responsabilidad criminal puede extinguirse por la prescripción de la pena, como expone Núñez: *Prescripción de la pena la pena sufrida no se tiene en cuenta a los efectos de la declaración de reincidencia cuando, a partir de su cumplimiento, hubiere transcurrido un lapso igual al monto de prisión o reclusión impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años. Se trata de la inoperatividad de la pena cumplida por el condenado como factor de reincidencia y no de la prescripción del estado de tal. El término, que se cuenta a partir del cumplimiento de la pena impuesta, es corrido y sólo puede ser interrumpido por la comisión de un delito, debiendo, entonces, iniciarse un nuevo término o de la medida de seguridad.* (Núñez, 1999, pág. 320)

Ya teniendo un ensayo de concepto de lo que significa la prescripción, se puede empezar a delimitar lo que significa la imprescriptibilidad, que es la negación de la prescripción en derecho penal que es el instituto jurídico por medio del cual se produce la extinción de la persecución de los delincuentes en razón del transcurso del tiempo, que no es la única forma de extinción de la responsabilidad penal, como bien explica Garrido: *Las causales de extinción de responsabilidad penal, como se anotó precedentemente, ponen fin al deber de responder penalmente que*

había existido hasta antes de que sobrevinieran, lo que no significa que el Estado cese en su pretensión punitiva, sino que pierde la posibilidad de ejercer el ius puniendi porque la responsabilidad penal de los intervinientes en el delito ha terminado. Esta cesación puede producirse antes de que se inicie la investigación del hecho (amnistía, prescripción de la acción penal), durante la instrucción del proceso. (Montt, 2001, pág. 357)

Unos pocos delitos tienen la característica de la Imprescriptibilidad por su altísimo impacto social y repudio del colectivo, como por ejemplo el genocidio que es una especie del género crimen contra la humanidad o crimen de lesa humanidad y su imprescriptibilidad se encuentra regulada por Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968, que va a ser estudiada en los siguientes capítulos de la presente información. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General , pág. 188) Los delitos contemplados en la ley 263 Ley de trata y tráfico de personas, que en su art. 44 establece la imprescriptibilidad de los mismos.

La definición de crimen contra la humanidad o crimen de lesa humanidad es recogida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional comprende las conductas tipificadas como: Asesinato, exterminio, deportación o desplazamiento forzoso, encarcelación, tortura, violación, prostitución forzada, esterilización forzada, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos u otros definidos expresamente, desaparición forzada, secuestro o cualesquiera actos inhumanos que causen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física de quien los sufre, además tiene el requisito de estar organizadas, es decir que dichas conductas se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con “dolo” es decir con conocimiento de dicho ataque.

Estos actos también se denominan crímenes de lesa humanidad. Leso significa agraviado, lastimado, ofendido: de allí que crimen de lesa humanidad aluda a un

crimen que, por su aberrante naturaleza, ofende, agravia, injuria a la humanidad en su conjunto.

Es por esto que es complicado entender al legislador de la ley 004, cuando equipara al delito de corrupción con delitos de lesa humanidad, puesto que la aberrante violación no es precisamente contra un ser humano o un conjunto de personas, sino contra el Estado, que si bien es una persona jurídica, no podría sufrir ninguno de los delitos que están reconocidos a nivel internacional como delitos contra la humanidad. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 881).

Otra diferencia es el bien jurídico tutelado en los delitos considerados de lesa humanidad y los delitos de corrupción contra el patrimonio del Estado.

El bien jurídico protegido en este tipo de delitos, es: *“La vida humana, uno de los bienes jurídicos de mayor protección tutelar por el derecho penal. Con sobrada razón sostiene Rodríguez Devesa, que esta protección se mantiene aún en tiempo de guerra, la protección penal dura hasta la muerte del individuo”*. (Villamor F. L., 2007)

Los sujetos pasivo y activo son:

- Sujeto activo: los crímenes pueden ser realizados por funcionarios estatales (con independencia de su jerarquía o cargo) o por miembros de una organización política. Aunque a nivel doctrina fracasa todo intento por definir "organización política", pues podría resultar que gobiernos autoritarios lo utilicen para perseguir a opositores políticos.
- Sujeto pasivo: debe tratarse de un ataque contra la población civil. El ataque tiene que ser generalizado o sistemático, por lo que los actos aislados o cometidos al azar no pueden ser considerados incluidos en esta tipificación.

Un ensayo de listado de delitos de lesa humanidad puede ser este:

- Asesinato: homicidio intencionado.
- Exterminio: imposición intencional de condiciones de vida, entre otras la privación del acceso a alimentos o medicinas, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.
- Esclavitud: ejercicio de derechos de propiedad sobre una persona, incluido el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños;
- Deportación o traslado forzoso de población: expulsión de personas de la zona donde están presentes legítimamente sin motivos autorizados por el derecho internacional, entendiéndose que la deportación supone cruzar fronteras nacionales y que el traslado forzoso, no.
- Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
- Tortura: dolor o sufrimientos graves, físicos o mentales, causados intencionadamente a una persona que el acusado tenía bajo su custodia o control.
- Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable: la violación y otros abusos sexuales pueden constituir también otros crímenes de la competencia de la Corte, como tortura en tanto que crimen de lesa humanidad o crimen de guerra.
- Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier crimen comprendido en el Estatuto. Por persecución se entiende la privación intencionada y grave de derechos fundamentales en violación del derecho internacional en razón de la identidad de un grupo o colectividad. Se castiga en relación con otro acto que constituya un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o un genocidio.
- Desaparición forzada de personas: detención o secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, consentimiento o aquiescencia, junto con la negativa a reconocer la privación de libertad o a proporcionar información sobre la suerte que han corrido los «desaparecidos» con la intención de privarlos de la protección de la ley durante un largo periodo.

- Crimen de apartheid: actos inhumanos cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial por otro con la intención de mantener ese régimen.
- Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física o la salud mental o física: actos inhumanos de gravedad similar a otros crímenes contra la humanidad. (Ossorio, 2005, pág. Varias)

Es por esto que en Bolivia, en caso de que se deje esta norma tal y como está, se deberá adjuntar a este listado de delitos que atentan contra la humanidad, los delitos de corrupción, pero se tendrá que justificar la razón de aquello, es por esto que debemos involucrarnos inmediatamente con el tema.

2. Análisis histórico de los delitos imprescriptibles.

Haciendo una relación histórica de los crímenes de lesa humanidad debemos decir que el concepto de “crímenes de lesa humanidad” data de mediados del siglo XIX. Aunque la primera lista de tales crímenes se elaboró al final de la Primera Guerra Mundial, no quedaron recogidos en un instrumento internacional hasta que se redactó la Carta del Tribunal de Nuremberg en 1945.

Los crímenes de lesa humanidad determinados en esta Carta fueron reconocidos al año siguiente como parte del derecho internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas y se incluyeron en posteriores instrumentos internacionales, como los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

Se empezó a delimitar estos delitos de lesa humanidad, dándoles características generalizadoras para que se uniformicen. Este es el análisis que debería hacer cada Estado antes de determinar cuáles son o no, los delitos cometidos contra la humanidad en su conjunto:

En primer lugar, los actos que constituyan crímenes de lesa humanidad, como el asesinato, tienen que haber sido cometidos “*como parte de un ataque generalizado o sistemático*” (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General). No obstante, el término «ataque» no denota una agresión militar necesariamente, sino que se puede aplicar a leyes y medidas administrativas como por ejemplo deportación obligada (forzosa) y masiva de ciudadanos.

En segundo lugar, tienen que ir dirigidos “*contra una población civil*” (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General). Los actos aislados o cometidos de manera dispersa o al azar que no llegan a ser crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de enjuiciamiento.

En tercer lugar, tienen que haberse cometido de conformidad con “la política de un Estado o de una organización”. Por consiguiente, pueden cometerlos agentes del Estado o personas que actúen a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, como los “escuadrones de la muerte”. Asimismo, pueden ser cometidos de conformidad con la política de organizaciones sin relación con el gobierno, como los grupos rebeldes.

Sólo el requisito último de haberse cometido el delito como parte de la política de un Estado, debido a que esto hace referencia a que el delito es propenso a ser cometido por funcionarios del poderoso Órgano del Estado, pero los otros requisitos no son cumplidos por este tipo de delitos, convirtiendo al caso Boliviano en sui generis, que no necesariamente debe estar mal, pero cabe preguntarse a quien protegen los delitos de lesa humanidad, tal vez su respuesta está implícita en su propio nombre y la imprescriptibilidad sea una excepción a la regla, delimitada solo a delitos que realmente sean de funestas consecuencias para la humanidad y no para el Estado. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 881)

A finales del siglo XX la humanidad enfrentaba uno de los dilemas morales más grandes de su historia puesto que acababa de presenciar un genocidio de gran magnitud perpetrado por los Alemanes Nazis que esgrimiendo ideales, hoy en día rechazados por la humanidad en su conjunto, cometieron un horrible crimen contra toda una raza y por ende contra toda la humanidad, es por esto que el derecho no podía quedar a un lado de esta problemática, planteándosele un reto que fue: La obligación de enjuiciamiento y pena de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, para este cometido se le planteó un principal problema, la prescripción y en su sentido opuesto la imprescriptibilidad de ciertos delitos, que ya había sido largamente debatida en la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968”.

La doctrina y la jurisprudencia alemanas sentaron precedente respecto de la certeza de la siguiente afirmación: Las normas procesales afectan la perseguibilidad, pero no así la punibilidad de un hecho en específico, esto quiere decir que el poder punitivo del Estado no va a desaparecer con el paso del tiempo, con relación a cierto tipo de delitos que ni siquiera el paso del tiempo atenúan su reprochabilidad social, por este hecho la retroactividad en materia de prescripción no vulnera el principio de irretroactividad en el caso de delitos de lesa humanidad ya que no existía la posibilidad de perseguir el delito y es por esto que se suspendía el plazo durante el tiempo en que la acción no pudo ejercerse por el dominio del régimen nazi, en Alemania se sigue esta lógica respecto de la prescripción en camino de la imprescriptibilidad:

1965 – Se suspende el plazo de prescripción durante el tiempo en que la acción no pudo ejercerse.

1969 – Se extendió el plazo de prescripción a 30 años.

1979 – Se declaró la imprescriptibilidad del genocidio o de los homicidios calificados no prescriptos.

La prescripción entonces se suspende o se interrumpe de forma individual, (Vega, 1997, pág. 15)

De todas formas a este respecto la doctrina y las legislaciones en su mayoría afirman que la retroactividad lesiona el principio de legalidad, la única posibilidad de admitir la retroactividad en materia de prescripción, se podría hallar en el reconocimiento que no deje lugar a dudas de la ilegitimidad de todo el poder punitivo y es el problema al que se enfrentan los juicios de Nuremberg, que a pesar de esto, tanto en estos casos como cuando la dictadura franquista española, que sin llegar a la imprescriptibilidad de los delitos extendía la prescripción de los supuestos delitos cometidos por los republicanos, es imposible legitimar aquellos actos de la Alemania post guerra y con mayor razón se repudian los actos de la España dictatorial franquista, esto significa que la retroactividad no entra en discusión, pero la imprescriptibilidad por otra parte conlleva otras características dignas de debate, ante este debate sobre la Prescripción y la posibilidad de la Imprescriptibilidad Zaffaroni dice:

Para los casos de la delimitación de delitos que no van a prescribir con el paso del tiempo se debe analizar si la enormidad del injusto y la inexistencia de cualquier medio para brindar efectiva solución que deja sin efecto la legalidad respecto de los delitos que al momento de cometerse fueran tales según los principios generales del derecho y por ende ameritan la ampliación del poder punitivo del Estado en desmedro de la protección del particular, pero en pos de resarcimiento de toda la humanidad, ya que el derecho penal no puede establecer límites al poder de castigar del Estado, que puedan llegar a extremos que generen impunidad, haciendo especial énfasis y casi con exclusividad acerca de los delitos de lesa humanidad. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 881)

Es cierto y evidente que el supuesto más importante de cesación de una respuesta punitiva por parte del Estado, es la prescripción ésta, en el derecho

penal, es seriamente discutida en vista de que se le han otorgado los más dispares fundamentos, tanto a la prescripción de la pena, como a la prescripción de la acción, fundamentándose no solo en el derecho penal, sino también en otras ramas de la ciencia.

Se argumentó que el simple paso del tiempo en su transcurso histórico seria razón suficiente para justificar la prescripción debido a que hace llegar a la justicia de la pena y su adecuación a sentido, pero no era el tema decisivo ya que el paso del tiempo se relaciona a la falta de acción y el vacío, pero no explica nada, es por esta razón que el concepto no se puede quedar ahí, es por esto que se da nacimiento y explicación lógica a la teoría de la prueba.

La teoría de la prueba sostiene que no existe ninguna forma y se torna imposible juntar los elementos probatorios necesarios para llegar a la verdad histórica de los hechos con una certeza irrefutable, necesaria para cumplir con la plena prueba que necesita el derecho penal para sancionar, después de transcurrida cierta cantidad de tiempo, en su generalidad este argumento se esgrime como una complementación de alguna otra teoría, pero quienes tratan de hallarle una razón lógica dentro del derecho penal lo hacen atendiendo a teorías absolutas de la pena y entran en confrontación por contradicción con el valor retributivo del castigo.

El doctrinario alemán Mittermaier considera a este respecto que el poder del tiempo borraba el recuerdo del delito de la conciencia del pueblo y cambiaba la misma personalidad del autor, es decir que el reproche social al delito cometido se atenuó y si el autor no cometió ningún otro delito, el mismo no es la misma persona, es por esto que para este autor el paso del tiempo conlleva en el propio autor del delito un arrepentimiento tácito y el miedo que le genera la persecución del delito es pena suficiente, de modo que la pena ya no ejercería coacción psicológica social alguna. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 883)

Esta teoría Maieriana se la denomina teoría del recuerdo borrado del hecho, es mayormente apoyada por los afiliados a conceptos retributivos generales de la pena, en vista de que la retribución social del delito ya es innecesaria por el olvido social que genera el tiempo y a su vez respecto del autor, puesto que no se retribuiría un mal porque la persona ya no es la misma que la que cometió el delito, cambio y purgo su pena. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 885)

Los correccionalistas mantienen una justificación punitiva en base a una teoría preventivista especial, teoría por la cual se sostiene que la razón de la prescripción es la falta de objeto, no porque el objeto ha desaparecido, sino mas bien porque el objeto ha cambiado, algunos pensaban en la necesidad de que el mejoramiento alcanzado por el sujeto haya sido real y práctico, pero la forma de comprobar esto es muy subjetiva.

Otros se dedicaron a fusionar distintos elementos, es el ejemplo de Von Bar que sostenía que con el trascurso del tiempo lo que se perdía no era el recuerdo, sino mas bien la impresión del hecho, así que por más que se recuerde el hecho, la impresión de la sociedad ya había desaparecido, quedando sin objeto la desvalorización que con la pena se hace del delito, Hippel comprendía también que el paso del tiempo reduciría paulatinamente la necesidad natural de la retribución y se consideraba que el factor tiempo hace perder fuerza al sentimiento social que es producido por la agresión antijurídica.

Estas teorías encuentran su contrario en las tesis que encuentran la justificación de la prescripción en la naturaleza procesal, Shonke sustentó que en el caso opera un impedimento procesal, razonado en que después de cierto tiempo es el Estado, titular del poder punitivo, el que pierde el interés de castigar el delito, a esto se suma la dificultad o la casi imposibilidad de la persecución penal efectiva con argumentos similares a la teoría de la prueba.

Frente a esta ultima tesis procesalista se sostiene una que no explica la diferencia entre los plazos de prescripción de la pena y de la acción, también que no puede explicarse por razones procesales la prescripción de la pena ni el efecto interruptivo de la comisión de otro delito.

El principal fundamento y el común a toda prescripción es la falta de racionalidad concreta de la pena, ya sea la que se impuso por una sentencia firme o prescripción de la pena o la conminada o prescripción de la acción, no porque antes haya sido racional al momento de la comisión del delito, sino porque el transcurso del tiempo saca a relucir una gran problema respecto de la racionalidad y además lo hace en el acto o el ejercicio material del poder punitivo.

Es por esto que cuando ha transcurrido cierta cantidad de tiempo entre el hecho y el juicio, la persona que se encuentra al frente del tribunal no es exactamente la misma que cometió el hecho delictuoso, algo parecido pasa cuando transcurre tiempo entre la sentencia y su ejecución.

La pena tiene como presupuesto de conformación un conflicto entre el Estado y la persona que ha cometido un delito, no es un conflicto con valor histórico o anecdótico, es más bien un conflicto que si bien debe ser del pasado, debe seguir siendo vivenciado respecto de su conformación basada en el mismo conflicto, es decir que necesariamente debe tener vigencia en la vivencia, en el día a día de los que sufren sus consecuencias, de sus protagonistas, autor, víctima pero también como dicen los doctrinarios, el Estado, este último debe comprender que su poder punitivo no está dirigido a resolver el conflicto y en el mejor de los casos podría suspender el conflicto, es la razón por la cual se torna irracional aceptar que la pena apunte a suspender un conflicto que ya está suspendido por el transcurso del tiempo. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 884)

Esto podría someterse a los laberintos de la casuística, pero la ley por seguridad jurídica debe establecer plazos, tiempos en los que baste con que el sujeto no haya cometido ningún otro delito, la excepción a esta regla son precisamente los crímenes que jamás podría sostenerse que corresponden a conflictos suspendidos, con esto se quiere decir que el conflicto no ha dejado de ser vivenciado a pesar de pasar a ser meramente históricos, debido a que por más que por el paso del tiempo, los protagonistas han cambiado, el tamaño y el impacto del conflicto hacen que la sociedad lo siga vivenciando, pero cabe aclarar que no solo la sociedad afectada, sino la comunidad internacional en su generalidad.

Capítulo IV

Análisis de la problemática de la imprescriptibilidad en general y un acercamiento a la duración máxima del proceso.

1. Efectos del transcurso del tiempo, en materia penal.

Para continuar el estudio de la prescripción se debe recurrir al análisis de la doctrina jurídica, es por esto que en el presente trabajo se delimita en este sentido y como parte de una primera etapa de investigación se revisaran las razones de la existencia de la prescripción como institución jurídica en materia penal, esbozando un concepto y definición lo más preciso tratando de ubicar con mayor cercanía al espíritu de la norma.

Definición: La prescripción es un medio extintivo, tanto de la pena cuanto de la acción penal. Opera por el solo correr del tiempo. Es la pérdida, por el transcurso de cierto tiempo, de la atribución del Estado para ejercitar la acción penal. (Castellanos, 2003, pág. 347)

Otra definición la esgrime el profesor mexicano Malo, junto con sus características: *La prescripción es una consecuencia jurídica que nace como resultado del sólo transcurso del tiempo, sea a partir de la comisión del hecho delictivo sin haber ejercitado la pretensión punitiva, o por haberla suspendido una vez iniciada ésta, o bien, por no haberse ejecutado la sanción impuesta, la cual puede derivarse tanto de la imposibilidad para ejercitar la acción penal o por resultar extinta la acción penal misma, ya iniciada cuando no se hubiera llegado a sentencia de segunda instancia o bien porque quede extinta la pena impuesta.* (Camacho, 2003, pág. 678)

Una definición más clara es la que propone Vázquez: *Prescripción. Es una causa de extinción de la acción por vencimiento del período temporal posible para la persecución de un delito ya ocurrido; opera mediante el transcurso del tiempo, de acuerdo con las reglas establecidas en la ley penal sustantiva, abarcando el lapso ocurrido entre la realización del hecho y la concreta actividad procesal realizada para su investigación y juzgamiento.*

A diferencia de la amnistía, que es de índole general (se dicta en relación a ciertos delitos, sin alusión a sus concretos autores) la prescripción es de índole individual, ya que beneficia en cada caso al concreto imputado sobre quien recae. (Vásquez Rossi, 1997, pág. 191)

Un concepto más tendiente a la fundamentación la expone el doctrinario Núñez: *Prescripción La acción penal se extingue por prescripción. Científicamente, la prescripción se funda en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad: extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de la sociedad de que se lo reprima, que es lo que constituye el fundamento político de la pena. (Nuñez, 1999)*

En América latina se incluyeron nuevos Códigos de Procedimiento Penal (Argentina, Colombia, Perú, Chile, Bolivia) a partir de la necesidad de mejorar los sistemas existentes que seguían un procedimiento tendientemente inquisitivo ya caduco, siendo que la tendencia mundial cambiaba al sistema acusatorio con las instituciones más claras, un procedimiento con intenciones de celeridad y más efectivo, cuyo órgano competente para dirigir la investigación es el Ministerio Público Fiscal, y que establece límites fatales para concluir las investigaciones, situación que está relacionada con la prescripción.

La modificación no tuvo implicación solo en la parte procedimental como una Excepción Perentoria (Mom, 1996, pág. 139), puesto que el Código penal es el encargado de incluir un plazo en el que el Estado, pueda perseguir el hecho

delictivo, dicta los plazos de Prescriptibilidad del delito. Como es obvio, ello tiene directa repercusión en orden a la viabilidad y el desarrollo de la acción penal pública.

Como es bien sabido, la dirección funcional de la investigación a cargo del Fiscal, tiene mucha importancia en la primera etapa del proceso y en el buen desarrollo del mismo, la etapa de investigación, en la que el Ministerio Público es el único titular de la investigación, ayudado del Órgano Operativo que es la Policía Nacional y con obligatoria colaboración de la sociedad en pleno, pues esta titularidad de la promoción de la investigación es la realización del derecho penal, puesto que el Ministerio Público no es otra cosa que la representación misma del Estado, puesto que los intereses vulnerados son de impacto social, la política criminal de los Estados dicta que los mismos son representados por el titular de la investigación, en la persona del fiscal.

Existen sistemas tales como el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires Argentina, en que la parte de la investigación, primera etapa del proceso penal llamada Etapa Preparatoria es desformalizada puesto que precisa por sobre todas las cosas de velocidad para poder llegar a encontrar la verdad histórica de los hechos la misma se encuentra a cargo del fiscal como dice el Artículo 267 del Código Procesal Argentino.

Es la misma línea que sigue el Código Procesal Penal Boliviano que establece, en su Artículo 70, que el Ministerio Público Fiscal debe designar un Fiscal para el caso en específico, que se convierte en el Director Funcional de la Investigación y le corresponde dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal pública ante los órganos jurisdiccionales, este fenómeno se repitió en otros países de América Latina: Paraguay y Chile, entre otros, donde además de la investigación a cargo del fiscal se intenta poner énfasis en la desformalización con el objetivo principal de acelerar esta etapa, lo que conlleva un mejor desarrollo de la siguiente etapa la de Juicio como tal para que en la judicialización de la prueba

del Ministerio Público y las partes del proceso puedan tener en la práctica una verdadera contradicción y la inmediación por parte del tribunal pueda ser lo más acertada posible. (1970, 1999)

Esta explicación de cómo funciona la parte objetiva y subjetiva del derecho penal es de suma importancia, puesto que tiene directa implicación con la Prescripción. Un detalle a tomar en cuenta es la duración máxima del proceso penal, el legislador establece un plazo con un tiempo racional para la duración máxima de un proceso, en Bolivia el plazo es de 3 años, tiempo más que razonable para la duración del proceso pero esto no significa que ese plazo comienza a correr a partir de la comisión del delito, como el plazo de la prescripción, sino que comienza a correr a partir del inicio de la etapa preparatoria última notificación con la imputación formal; aunque es evidente que, transcurrido el plazo necesario para declarar la extinción de la acción penal por prescripción, también se ha agotado el plazo razonable para que el proceso siga prolongándose además de tener una causa para su extinción. (Hormazabal, 1997, pág. 227)

Una gran parte de la doctrina penal admite y defiende que una de las razones para la generación del mecanismo de la prescripción, se funda en una parte por la destrucción de los efectos morales del delito, puesto que es cierto y evidente que con el paso del tiempo el impacto social de un delito va amainando en la conciencia de la sociedad, de modo que se extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de la sociedad del Estado persiga el delito, del otro lado del argumento se tiene que muchos delitos leves prescriben. (Roxin C. , 1993, pág. 162)

Es muy cierto que la reacción natural del sistema penal, fundado en la garantía de judicialidad, obligue al legislador a que su persecución del delito no se exceda en su extensión temporal, lo que se explica no solo por la necesidad de eficiencia del órgano judicial, sino también por el impacto personal sobre el procesado, es claro que existe un gran constreñimiento del imputado en el proceso, esta tardanza

cuando se vuelve excesiva vulnera el propio principio de presunción de la inocencia, ya que el principio de inocencia proclama que no debe existir una anticipación de sanción, la sanción solo la debe purgar el acusado con sentencia condenatoria ejecutoriada, las demás sanciones son rupturas de la presunción de inocencia y de las legítimas expectativas de la víctima.

Por otra parte se esgrime otro argumento igualmente valido, si la persecución del delito por parte del Estado no tuviera limites, al momento de llegar a la resolución del proceso el mismo conflicto puede haber desaparecido e inclusive y reafirmando el anterior argumento, los mismos implicados lo podrían haber olvidado.

El uso de la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo, es el instituto que más hace notar la ineficacia de la justicia penal, esto se hace mucho más evidente en especial cuando dicha extensión se produce a pesar de la existencia de un proceso pendiente, pero merece la pena aclarar que las dilaciones indebidas y la Prescripción tienen significados procesales diferentes. (Bacigalupo, 2005, pág. 232)

Ha existido un lógico avance y una evolución en la problemática y la jurisprudencia respecto de la prescripción, los antecedentes legislativos de la norma, los principios que gobiernan la dogmática jurídica y los fundamentos propios del instituto de la prescripción de la acción, las razones que motivan sostener la acusación sobre una persona y el tiempo prudencial para mantener dicha acusación sin llegar a cometer excesos, lo que se ha denominado con mayor precisión actos de persecución, que son los elementos que usa el Estado en las personas determinadas que probablemente hubieran vulnerado bienes jurídicos tutelados por el propio Estado.

Los escritores, tratando de especificar los conceptos expresados y reducirlos a conceptos que se puedan entender, abordan el asunto de la interrupción de la prescripción.

Puesto que no cualquier acto dentro del proceso tiene la aptitud interruptora de la prescripción de la acción penal, dicha aptitud no está ausente ya que la poseen aquellos actos de efectiva dinámica impulsiva respecto del encausado, estas acciones mueven la causa hacia el fin que tiene la ley de actuar de sin errores, ni excesos, como fin en sí mismo.

La etapa de preparación del juicio, etapa liderizada por el fiscal y controlada por el juez instructor, tiene como objetivo que al momento en que el Ministerio Público le toque dictar la Resolución Conclusiva de la etapa preparatoria, que podría ser la acusación formal contra el imputado debe tener como garantía la indagatoria y la averiguación de la verdad histórica de los hechos, estos actos investigativos precisan una clara naturaleza de propulsores del juicio y son el sustento de la acusación. (Puig, 1994, pág. 49)

Parte de la doctrina afirma que la suspensión o interrupción de la prescripción solo puede ser efectiva cuando el Estado se encuentre imposibilitado por alguna razón insuperable, de perseguir el delito, ya que si la iniciativa de persecución es cortada por el mismo perseguidor, teniendo la posibilidad de hacer investigación y esta no es realizada se atribuye a la negligencia que no es razón de activar una suspensión, un ejemplo de ausencia de capacidad de persecución es la ruptura del orden constitucional.

Por otra parte, ya iniciado el proceso penal, la superación del plazo del límite temporal se admite solamente cuando el procesado realiza algún acto que no permita la prosecución de la causa, ya que frente a la imposibilidad de realizar el juicio en ausencia del imputado, por su derecho a la defensa técnica y material, tanto que ni siquiera es posible instalar una audiencia sin su presencia, el único

acto que el imputado puede realizar que realmente imposibilita el desarrollo del procedimiento es su fuga, sin perjuicio de las acciones que pueda y deba tomar el Estado, como la declaración de la rebeldía y la posterior orden de aprehensión.

Se han vertido las razones y consideraciones con respecto de la posibilidad de interrupción de la prescripción en sus posibles casos de aplicación, porque la prescripción tiene importancia tal que su propia suspensión y lo que la motiva es de suma importancia, ya que también es la referencia de cabecera para plazo razonable de duración del proceso.

Pero es sabido que, más allá de que si existen puntos de contacto entre la prescripción y la duración razonable del proceso, no son sinónimos, no son la misma institución jurídica y además como ya se dijo antes, comienzan a computarse en momentos diferentes, la primera desde la media noche del día en que se cometió el delito y la segunda desde la imputación contra una persona determinada, tanto es así que la primera tampoco garantiza la segunda. (Bacigalupo, 2005, pág. 232)

Por lo anterior se deduce que la razonabilidad de una u otra institución no debe ser la misma, ya que las razones de creación, de una y otra son distintas, otra acotación diferenciadora es la duración de los plazos que varían, el tiempo de la prescripción es capitalmente mayor al de la duración máxima del proceso y como ya dijimos párrafos atrás, la prescripción se puede suspender por razones específicas (Perez, 2005, pág. 186), la duración máxima del proceso se suspende por razones distintas, como la dilación intencional en el proceso de las partes.

Continuando con la diferenciación de los dos institutos jurídicos, podemos hacer referencia del tema que motivo la realización del presente trabajo, la imprescriptibilidad, ya que la prescripción tiene esa variante aceptada por la doctrina penal respecto de los delitos llamados de Lesa Humanidad y que en Bolivia también será aplicado a los delitos contra el Estado y en esta variante de la

Prescripción que la hace desaparecer tenemos la diferencia vital con la duración máxima del proceso.

Visto desde otro ángulo la posibilidad punitiva del Estado respecto de un mismo tipo de delitos y con igual complejidad, que se inicie en momentos diferidos, darían lugar a distintos plazos para la duración máxima del proceso, esto conllevaría una situación evidentemente injusta.

Y por otra parte, porque la posibilidad de que la persecución del mismo tipo de delitos y con igual complejidad se inicie en distintos momentos daría lugar a distintos plazos de duración del proceso, con lo que se generaría una situación evidentemente injusta.

Para Zaffaroni, los plazos máximos de prescripción de la acción penal operan como límite de perseguibilidad en los supuestos de rebeldía o fuga del imputado, o de interrupción de la prescripción por comisión de otro delito; en los demás casos, la perseguibilidad penal se cancela cuando vencen los términos establecidos para la duración de la investigación instructora, de la citación a juicio y del plazo para fijar el debate. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 883)

En tal sentido, este autor considera que, vencidos los plazos legales establecidos en el ordenamiento procesal para llevar adelante la investigación penal, el ejercicio de la acción penal no puede continuar y se habilitaría un sobreseimiento por impedimento de perseguibilidad, esto es algo semejante a un castigo para el Estado por no haber ejercido su derecho de perseguir el delito, además sirve como una garantía para el perseguido, puesto que el mismo hecho de ser perseguido por un delito, es un castigo en sí mismo.

Han existido muchos avances en la doctrina y en la práctica legal de esta problemática, uno de los doctrinarios que estudio el tema fue el profesor Maier, el cual afirma que los plazos establecidos en los adjetivos penales, en este caso la

duración de la perseguibilidad de los delitos, razón del nacimiento de la institución de la prescripción en derecho penal, para que el encausado sea juzgado en un plazo razonable, que también está relacionado con la duración máxima del proceso, que no es lo mismo que la prescripción diferenciación a la que hare referencia en páginas posteriores, está establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, el cual es la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, siempre con el fin de conseguir un pronunciamiento de cosa juzgada, en un plazo razonable, lo más pronto posible y se ponga coto al estado de irresolución o de inacción y que de algún modo coarta la verdadera libertad del incoado, todo lo anteriormente expuesto está destinado a influir y tener repercusiones en la institución a la que dedico mi estudio, la prescripción del Código Penal.

A sabiendas que hoy en día la realidad de los procesos es muy distinta a la que se expone y se quiere y apunta en la doctrina, nuestro derecho positivo se atiene a una tramitación que alarga el procedimiento de una forma indebida y muchas veces se rompe el plazo de la prescripción y por esto nuestra misma norma positiva ha generado condiciones para que este instituto opere efectivamente como una realidad, así el derecho del encausado de ser procesado en un plazo al menos razonable, debería generar una considerable abreviación de los plazos procesales de prescripción, generando una reforma de nuestra operativa judicial y de todos los operadores de justicia, para los que son formalmente perseguidos en un procedimiento judicial. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 885)

Reforzando este punto y más allá de las delimitaciones de tiempo que se prevean en el instituto de la prescripción en los Códigos Penales, también se evidencia la existencia de ordenamientos procesales mucho más modernos que están apuntando al establecimiento de plazos instructorios y generales para el proceso en general, lo que se direcciona al impulso de medidas que signifiquen un mayor dinamismo, o por lo menos que sean una motivación para un control más estricto sobre los propios operadores de justicia.

El reclamo, absolutamente justificado de todo encausado, no importando si es Imputado o ya Acusado, es el ejercer su derecho de ser juzgado rápidamente, pues este justo petitorio se integra velozmente a una racionalidad que podría hacer de la garantía del debido proceso una realidad, tan cierto es esto que está siendo modulado por la doctrina y los fallos de la Corte Suprema y no solo de nuestra realidad jurídica, sino también de otras latitudes, como se verá en el capítulo de derecho comparado del presente trabajo.

Es innegable que la larga duración del proceso está directamente relacionado e implicado con el concepto de prescripción, es por esto que cabe señalar que en algunos fallos que se pronuncian sobre la prolongada duración del proceso, la línea que se sigue desde el fallo hito es la misma que propone la doctrina, se debe acortar los plazos y se debe tener mayores niveles de fiscalización de los operadores de justicia, esto conectado con una justicia que apunte a la celeridad, la solidificación de una justicia más ordenada y completa, tienen un mismo norte el cual es lograr procesos en los que los imputados y acusados según el momento procesal que estén viviendo, tenga lo que piden, justicia pronta.

Acorde a lo planteado por el máximo Tribunal, una de las garantías constitucionales de la defensa en juicio, incluye el derecho de todo imputado a recibir un pronunciamiento que, precisando su posición frente a la ley y a la sociedad, le dé fin del modo más corto a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que implica el enjuiciamiento penal.

Por otra parte, tampoco debemos olvidar que la sociedad es afectada por los actos del autor de los delitos, por su lado, debe también tener el derecho a defenderse del Estado, para esto se debe también y coincidentemente con la premisa anterior, no permitir que la prescripción y la duración máxima del proceso sean una forma de impunidad en nuestro sistema jurídico.

Capítulo V

Imprescriptibilidad de los delitos en su fundamento Jurídico.

1. Breve reseña histórica y efectos del transcurso del tiempo, respecto de la Imprescriptibilidad.

La historia de los pueblos plantea desde el inicio de la humanidad misma, hechos y situaciones en los que se han cometido un sinnúmero de delitos contra el propio ser humano. Hechos condenados por la comunidad mundial.

El hecho histórico que dio paso a la posibilidad de generación de imprescriptibilidad, en sistema tendientes al sistema acusatorio y dejando de lado el sistema inquisitivo, fue la obligación humana de castigar los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, escenario en el cual se plantea uno de los problemas más discutidos desde los últimos años del siglo XX, que es el de la prescripción.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 apunta a resolver el dilema planteado respecto de la prescripción, que causó varias dificultades en la legislación Alemana que era la encargada natural para el juzgamiento de su propia gente a razón de los excesos cometidos por la Alemania Nazi en tiempos del Nacional Socialismo, la complejidad del caso no fue ajena a la jurisprudencia nacional con motivo de las extradiciones practicadas luego de la finalización del Holocausto Nazi.

Cabe recalcar que en Alemania la problemática se puso sobre la mesa de discusión con los crímenes del nazismo y se volvió a tocar por los delitos cometidos en la ex República Democrática. (Mezger, 1958, pág. 369)

La doctrina conjuntamente con la jurisprudencia en Alemania pusieron algo en claro desde un principio de la discusión, la veracidad de que las normas que tienen que ver con el procedimiento, es decir el adjetivo penal afectan la perseguibilidad de los delitos, pero no así la punibilidad del hecho, es decir que el hecho sigue siendo punible, pero ya no es perseguible, hecho por el cual la retroactividad en materia de prescripción no lesiona el principio de irretroactividad de la ley penal.

Los legisladores alemanes a la cabeza del su Parlamento sancionaron en 1965 una ley que suspendía el plazo de la prescripción, por el tiempo en el que la acción del Estado no podía ejercerse en contra de los delincuentes por la situación alejada del Estado de Derecho que en la Alemania nazi imperaba, en 1969 sanciono otra norma que extendía el plazo a treinta años y por último en 1979 declaro de una vez por todas la imprescriptibilidad del genocidio y de los homicidios calificados no prescritos dentro del proceso del holocausto nazi.

En otras latitudes, como la de República Argentina con su abanderado el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, se determinó que una ley de esta naturaleza sería inconstitucional, pero visto y considerando que es una ley de otro país, los tribunales nacionales tienen la obligación de conceder la extradición fundamentando su argumento en esa ley por mas contraria que sea a su propia constitución, en vista de que el derecho internacional no exige la ley previa en su espacio de aplicación.

Esta revisión se hace en un principio por la dificultad que genera aplicar una ley que está incurriendo en la retroactividad de la ley penal, principio absolutamente negado por la normativa nacional, ya que la extensión a efectos retroactivos del poder punitivo de la nación, es considerado y con toda la razón, un exceso, cualquiera sea su naturaleza y por otra parte la tesis del doble derecho es también inaceptable.

Planteada la problemática bajo estos términos tan complicados de ensamblar, se debió concluir que era innecesario discutir sobre la aceptación de la retroactividad en relación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, puesto que esto va en contra de toda la normativa legalmente constituida.

La única salida a este conflicto, manejando la posibilidad de admitir la retroactividad en materia de prescripción puede hallarse en la aceptación simple y llana de la ilegitimidad de la integridad del poder de castigar y del siempre discutido poder del derecho penal por acotarlo, este problema es el mismo que se debe enfrentar y resolver en el Tribunal de Nuremberg, Tokyo y Dongo, puesto que sus soluciones no son legítimas, pero el derecho penal tampoco tiene legitimidad limitadora en estos casos, ya que el bien jurídico protegido es más alto incluso que el propio sistema y excede los límites de la punibilidad del Estado, otorgándole a este un amplio y casi irrestricto poder por sobre los que cometieron delitos que no merecen las contemplaciones normales y naturales de un encausado normal, por decirlo de alguna forma la enormidad de lo injusto y la inexistencia de cualquier medio para brindar una efectiva solución deja sin efecto la legalidad respecto de delitos que, al tiempo de cometerse, fueron tales según todos los principios generales del derecho penal y procesal reconocidos por la comunidad internacional en su generalidad. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002, págs. 885-887)

2. Fundamento doctrinario.

La escuela positivista del derecho es la que explica los fundamentos de la existencia de la Prescripción: *Las explicaciones del fundamento de la prescripción son hoy en día puramente pragmáticos y se apoyan directamente en la existencia de la institución en el derecho positivo. La teoría moderna no es en éste punto más sólida que la del siglo XIX. En efecto, Jakobs piensa que se trata de un fundamento atenuante de la ilicitud y de la culpabilidad, basado en que el rigor del*

enjuiciamiento de un conflicto y la necesidad de su resolución mediante la imputación ceden con el tiempo". (Jakobs, 1997)

La anterior teoría introduce un elemento de pena a la sola persecución, además de esto indilga toda la responsabilidad de existencia de la Prescripción a la prueba, a la desaparición de la necesidad de la pena por el tiempo transcurrido y la corrección del autor.

El debilitamiento de la prueba por el paso del tiempo, tiene origen en que las huellas del delito se enturbian, a esto se responde en la doctrina con que la prueba no se debilita cuando se trata de prueba documental y no necesariamente se debilita cuando se trata de prueba testifical, pero se contra resta ésta última razón, con la realidad de que la memoria del individuo sí se ve afectada ineludiblemente con el paso del tiempo.

El profesor Eugenio Zaffaroni propugna otros fundamentos para la Prescripción, cabe aclarar que en su propia historia se enfrentó con problemática parecida fruto de las dictaduras que vivió ese país en los años 70 y 80, Zaffaroni habla de esto como un error de su congreso, puesto que habría tomado un camino errado, con la derogación de la amnistía proclamada por la dictadura militar de 1983 y en consecuencia se juzgaron a algunos responsables de crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina, esto significa que se acepta y admite la tesis que se propuso años antes con la problemática alemana. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002)

El supuesto más importante de supresión del poder punitivo del Estado, como respuesta del delito, es la prescripción de la pena. La institución de la prescripción en el derecho penal es un tema que se encuentra en constante discusión y con argumentos válidos de los dos frentes opuestos en esta problemática, esto nace a

partir de que se ha asignado los argumentos más dispares a las dos posibilidades de prescripción cuales son: Prescripción de la pena y prescripción de la acción, buscando sus argumentos en el derecho penal y fuera de él también. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General , pág. 881)

Se afirma por una parte que el simple paso del tiempo explica la prescripción, en vista de que el paso del tiempo hace caer la justicia de la pena y su adecuación a sentido, esto quiere decir que la paz se habría restablecido por el paso del tiempo teoría apoyada por Roxin (Roxin C. , 1997, pág. 990), pero en rigor a la verdad el paso del tiempo no explicaba nada.

Por esto se echa mano a una razón más entendible que el simple paso del tiempo, que es la teoría de la prueba, que en su fundamento principal sostiene que es imposible reunir las pruebas para un proceso penal después de transcurrido cierto tiempo, esto significa que los delitos dejan una huella, esta misma con el paso del tiempo se borra y al no existir huella del delito es imposible la reconstrucción histórica de los hechos y esto convierte en imposible la investigación precisa del delito y como para condenar a una persona no bastan solo los indicios, sino que debes tener certeza de culpabilidad, el paso del tiempo borra el delito y desaparece la necesidad de la pena (Roxin C. , 1997, pág. 991), por lo general este argumento no se usa como un hecho único, sino para reafirmar la posición con otras argumentaciones. (Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 882)

La teoría del resultado alimenta las justificaciones de la Prescripción: El doctrinario: *Edmundo Mezger, para cuestiones sobre prescripción, se afilia a la teoría del resultado; a la de la actividad, tratándose de determinar la inmutabilidad o inimputabilidad del sujeto.* (Castellanos, 2003, pág. 168)

El profesor Garrido también expone los fundamentos de la Prescripción junto con su naturaleza jurídica: *Se discute si la prescripción es de naturaleza procesal*

(doctrina francesa), material o mixta. Para la doctrina francesa es un instituto procesal que debe ser tratado en el Código de Procedimiento; lo que suprime el transcurso del tiempo es la acción y no elementos vinculados con el delito mismo". (Stratenwerth, 1991)

3. Teoría del Delito en su Implicación con la Imprescriptibilidad.

Roxin en el año 1966, aclaro al mundo que la necesidad de la pena no devenía de un gran análisis teórico como otras partes del derecho, que más bien la pena era necesaria por una cuestión humana perfectamente comprensible por su retribución a la sociedad de un mal causado por una persona y era fruto de una acuciante actualidad práctica, con relación a esto, la necesaria discusión doctrinaria de la función de la pena y la calidad de la misma, sigue siendo vista como un tema teórico sin mucha importancia práctica, es decir que se acepta como una realidad irrefutable para la mayor parte de la doctrina, con excepción de los abolicionistas que propugnan que se debe abandonar la Prescripción por la finalidad de la Pena (Sánchez, 1997, pág. 69), pero la pena tiene razón de ser en función de su servicio a la sociedad sin embargo a nivel doctrinario debe ser debatida, porque lo que no se estudia a profundidad es la función práctica de la pena. La discusión no repercute finalmente en los concretos criterios de imputación jurídico-penales. En este sentido, se niega la utilidad práctica del conocimiento teórico, y así no cabe más que calificarlo de completamente infundado. Para ello bastaría con traer a colación la conocida afirmación de que no hay nada más práctico que una buena teoría.

Otra teoría de los abolicionistas de la Prescripción es la de Feverbach: *La cuestión no es distinta desde la perspectiva de la teoría de la coacción psicológica. En su crítica al proyecto de KLEIN SCHROD para el Reino de Baviera de 1802, FEUERBACH fue categórico: "El mayor obstáculo para la eficacia de las leyes penales es la esperanza de impunidad (...) Por ello el Estado actúa contra los fines de sus propias leyes, cuando aporta más peso en el platillo de esta esperanza" y*

concluye: "hasta ahora nuestros criminalistas han buscado inútilmente un fundamento racional de la prescripción"? No obstante la incompatibilidad con la teoría de la coacción psicológica, señalada también por otros autores: FEUERBACH admitió, sin embargo, la renuncia a la pena en estos casos como una "exclusión de la consecuencia jurídica por el mero paso de un tiempo determinado", es decir, como institución que difícilmente tendría otra justificación que su propia existencia. Por lo tanto, recurrió para su explicación del derecho positivo, a la semejanza de la prescripción penal con la civil y la fundamentó como una "consecuencia pura-mente lógica que permite deducir de la prescripción de la acción (Klage), también, naturalmente, la prescripción de la acusación (Anklage)". (Maggiore, 2000)

La pena ayuda a la operatividad del sistema penal, en tanto y cuanto informa sobre la misma; la ejecución de la pena, su imposición judicial ante los estrados correspondientes y la previsión legal de la pena generada por los códigos penales, tienen en sí mismas la carga de la función de la pena, es así que el propio objetivo de la imposición de una pena se funda en su intención.

El Órgano Legislativo tiene la obligación de analizar la legitimidad de la pena, para esto se desarrolla un juicio crítico sobre la misma fundando el estudio en la Criminología, que por sus diferentes escuelas propone ciertas tendencias que significan el estudio de los objetos de la pena. Las penas que no tienen directa relación con sus objetivos, no deberían tomarse en cuenta, aunque estén previstas en la ley.

En el caso de que la pena tenga por objetivo la retribución, resulta legítimo sancionar al delincuente por la comisión del delito, aunque en el momento de dictar sentencia, ese delito se encuentre despenalizado pero en la lógica del Principio Procesal de "La ley más beneficiosa para el encausado" y la lógica de la prevención general, no procede puesto que el objetivo mismo de la pena, no

puede ser solamente la retribución como un instituto de venganza que no desaparecería ni con la abrogación o derogación de la ley penal.

Capítulo VI

Coincidencias y contradicciones de la Imprescriptibilidad en materia de Principios del Derecho Penal, orígenes y uso del test de proporcionalidad.

1. Principios del Derecho Penal.

Los Principios del Derecho, son las fuentes del mismo, dictan su fundamento y origen, en el Derecho Penal existen dos tipos de fuente en materia penal, la primera es la fuente de producción de la legislación penal, en el caso que compete al estudio de este trabajo esa fuente es la Ley 004, pero la otra fuente es digna de estudio y es la fuente del Conocimiento del Derecho Penal, como un subtítulo de esta fuente se encuentran las fuentes de información del derecho penal, la llamada literatura penal o fuente de información de la ciencia del derecho penal.

La fuente primigenia de producción del Derecho Penal es el mismo Estado, quien es el único que posee el poder de acuñar delitos y fijar sanciones a los mismos, para esto el Estado dicta leyes, a través del Poder Legislativo de forma exclusiva.

En cuanto a las fuentes del conocimiento, no son unívocas, puesto que siendo la ley una de ellas, también encontramos a la jurisprudencia y la doctrina como fuentes fiables de información en materia penal, siendo igualmente la ley la única con precisión de ley, valiendo la redundancia por obviedad. (Villamor, 2007, pág. 31)

2. Principio de Legalidad.

“Nullum crimen nulla pena sine previa lege”, las explicaciones del presente principio del derecho suelen resumirse con este latinazgo, puesto que el encierra todo el concepto. El Estado Social y Democrático de Derecho tiene el ejercicio del poder punitivo, pero el Estado es una maquinaria tan grande frente al particular que debe ser limitada por ella misma de alguna forma, entonces para el respeto de

las garantías individuales y la seguridad jurídica, se impone al Estado principios como el Principio de Legalidad Jurídica.

Este Principio dibuja la cancha para el ejercicio del poder, en el momento de configurar las acciones que serán consideradas como delitos, como también al determinar cuál será la sanción para tal acción, con el objetivo de que se aminoren las decisiones arbitrarias y no se lleguen a excesos en la administración de la represión penal, que incluye la prohibición de la antijuricidad (Puig, 1994, pág. 49)

El Principio de Legalidad dicta que la condena penal debe fundarse en una ley que preceda al proceso y solo se dirimirá con ley nueva cuando beneficie al encausado, esto está concordado con el Art. 1 del Código de Procedimiento Penal, pues nadie será condenado a sanción alguna si esta no es fruto de un proceso oral público y contradictorio, llevado a cabo conforme a la Constitución Política del Estado y termine en una Sentencia Ejecutoriada.

Analizando las características del Principio de Legalidad, en su relación con la aplicación de la Ley 004 se advierte que, la limitación punitiva del Estado tiene una razón de ser, antes ya en este trabajo se habló que una de las razones de la implementación a nivel mundial de la Prescripción es precisamente eso, un rayar la cancha al ilimitado poder Estatal para la persecución de los delitos y se presentaba a la Prescripción casi como una sanción para la falta de cumplimiento o diligencia de la Persecución penal por alguna cantidad de tiempo, puesto que el no poner límite temporal a la persecución de los delitos es por sí, cometer una injusticia contra el particular que debe proseguir su vida en la incertidumbre de su situación procesal de inocencia o culpabilidad. (Villamor F. L., 2007, pág. 33)

La ley penal debe ser lo más comprensible que se pueda, evitando formas ambiguas, equivocadas y oscuras, como lo exige la norma rectora de la tipicidad. Sin embargo de esto, la norma que permita la Imprescriptibilidad, en tanto los delitos

vinculados, le da la potestad al juzgador para que decida que otros delitos del código penal, estarían vinculados a la corrupción y por ende Imprescriptible. (Villamor, 2007, pág. 35)

3. Principio de Prohibición de Exceso.

El legislador debe delimitar los ámbitos de aplicación y ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que la persecución de los delitos no puede ser irrestricta, ya que con esa característica se violaría derechos fundamentales de las personas, se debe analizar el Principio Constitucional del fin legítimo, este principio versa sobre el derecho que se le genera al Estado cuando uno de sus miembros comete un delito, el fin legítimo es el objetivo de dirimir los grados de culpabilidad o en definitiva la inocencia del encausado, pero este fin deberá ser limitado por el mismo Estado.

El exceso que se comete por la puesta en práctica de la Imprescriptibilidad, desde el análisis que se va haciendo, es una excesiva ampliación del poder persecutor del Estado. (Villamor, 2007, pág. 37)

4. Principio de Taxatividad

La taxatividad manda a que la ley sea lo más precisa posible, para restar campo a la interpretación, esto significa que las conductas descritas sean lo más claras posibles y los tipos penales no dejen lagunas que desemboquen en la analogía.

A diferencia de los anteriores Principios, en vez de proteger a las personas, es una verdadera garantía a la seguridad jurídica, que luego se verá reflejada en fallos más acertados e incluso un incremento en la calidad de vida.

Cuando en la ley 004 se habla de los delitos vinculados, no se hace evidente cuales son los delitos que serán vinculados a los delitos ya delimitados por la

norma como Imprescriptibles, dejando un amplio margen de acción a los funcionarios de justicia, rompiendo de ésta forma con el presente principio. (Villamor, 2007, pág. 41 al 42)

5. Principio de Proporcionalidad.

Este principio, es un reflejo del principio de “Prohibición de Exceso” que implica la aplicación de la pena menos rigurosa en derecho penal (Montt, 2001, pág. 108).

Es una forma de protección que tiene la libertad frente al poder, puesto que guía y controla la actividad del Estado, respecto de los particulares, entonces su importancia radica en la protección que ejerce sobre la libertad, trata de garantizarla y que se la restrinja sólo cuando sea necesario para conseguir fines superiores a ella misma, por tanto y cuanto la proporcionalidad termina siendo en una noción general, la relación entre los fines y los medios.

La Corte Internacional de Justicia hizo hincapié en las restricciones de los derechos humanos, como el que coarta la imprescriptibilidad al no dar cese a la persecución, manifestando que éstas restricciones no sólo deben perseguir fines autorizados, como es el caso de la lucha contra la corrupción, dichas restricciones deben tenerse al principio de proporcionalidad y se comprueba esto a través de la correcta aplicación del test de proporcionalidad. (Humanos, 2011)

Es por esto que cuando se comienza a hablar del tema sancionatorio, que también ha sido modificado con la aplicación de la Ley 004 M.Q.S.C. debido a que la ampliación del Poder de Perseguibilidad del Estado es un aumento a la sanción que sufre el individuo al ser perseguido, la necesidad o más bien obligatoriedad de que dicha ampliación del poder punitivo, sea pasada por un juicio de proporcionalidad.

Si nos planteamos la inclusión de la Imprescriptibilidad, como un nuevo instituto jurídico en un ordenamiento, teóricamente tendiente a la Escuela Acusatoria del derecho Penal, debemos analizar, como nos manda el Principio de Proporcionalidad, cuál es el impacto social que tienen los delitos que se declaran Imprescriptibles, en este sentido la reprochabilidad social de estos debe ser la más alta, sin embargo se pone en discusión si los delitos contra la economía del Estado tienen un nivel de reprochabilidad más alto que los delitos que atentan contra la vida humana.

Como se dijo en el Capítulo II del presente trabajo, existe un listado de delitos que son aceptados por la comunidad Internacional como delitos Imprescriptibles, puesto que los mismos tienen un alto nivel de Impacto en la sociedad en vista que afectan a los bienes jurídicos protegidos de mayor sensibilidad social, el incluir las violaciones a la economía nacional como delitos que ameritan la Imprescriptibilidad, genera al menos un cierto grado de polémica.

Este principio toma su real valor, en el ámbito de aplicación de los poderes públicos, puesto que sirve como filtro de armonía que impide que la actividad del Estado sobrepase los límites exigibles, que derivaría en el menoscabo infundado de los derechos del particular, frente a la poderosa maquinaria del Estado.

Este es un principio fundamental y su aceptación y correcta aplicación es un deber para el Estado y la satisfacción óptima del sistema jurídico, es por esto que en la proporción que la regla ofrece menos libertad, la razón que la justifica debe ser más fuerte, en el caso que nos compete el bien jurídico protegido, entonces el principio de proporcionalidad es una manifestación racional de lo óptimo y el principio de proporcionalidad es necesario en el método de interpretación constitucional. (Orlando, 2011)

El juicio de proporcionalidad consiste en establecer si la medida persigue un fin constitucionalmente valido, resulta idónea y necesaria y, finalmente resulta

proporcionada en sentido estricto. Debe advertirse que el juicio de proporcionalidad, como el de igualdad está sujeto a diversas intensidades. El juicio estricto será exigible cuando mayor sea la afectación del derecho constitucional fundamental o se afecte su núcleo esencial y débil cuando se trate de la zona de penumbra, esto es, aquella no cobijada por el núcleo esencial, o se trate de asuntos, como los económicos y de servicios públicos en los cuales la libertad de configuración legislativa se refuta mayor. (Lucia, 2007, p. 38 al 39)

6. Test de Proporcionalidad origen y uso

El test de proporcionalidad tiene fuente y origen en la jurisprudencia alemana y ha sido fuertemente recogido por la jurisprudencia colombiana y usado de la misma forma por la propia jurisprudencia, su inicio se remota a sentencias dictadas en el siglo XIX por parte del Tribunal Supremo Administrativo Alemán, elevado luego por Tribunal Constitucional Alemán a rango de constitucional, luego de aquello es recogido por el Tribunal Constitucional Español sobre la base de 3 elementos constitutivos que son:

- Tiene su razón de ser en la negación de la arbitrariedad.
- Es una manifestación de existencia del Estado de derecho.
- Tiene justificación material.

Entonces se tiene que el test de proporcionalidad es un sistema de verificación que permite determinar la adecuación de las normas legales a las reglas y principios insertos en la Constitución Política del Estado, con el objetivo de dirimir en cada caso en específico, la necesaria restricción de derechos y garantías, ajustadas a la necesidad y la proporcionalidad, donde los límites a la libertad deben ir en directa proporcionalidad a la violación de la norma, para que esto se cumpla se aplica el test de proporcionalidad o razonabilidad, el mismo consta de tres etapas:

- 1) De la redacción de la norma, se debe poder deducir, un trato diferenciado respecto de situaciones diferentes.
Y si ése trato diferenciado, se justifica en términos constitucionales
- 2) Identificar si el fin perseguido por la norma es un fin u objetivo legítimo a la luz de la Constitución Política del Estado
- 3) Se debe develar la proporcionalidad de dicho fin, donde la proporcionalidad medida, es la correlación que existe entre los medios y el fin, esto es, la coherencia de la medida que se estudia.

Es preponderante que haya proporcionalidad entre los medios y los fines a los que pretende alcanzar la ley, esto ha sido corroborado por la jurisprudencia que en su análisis también propone tres pasos para verificarlo;

- a) Los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido.
- b) Los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin
- c) Los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes.

La aplicación del test de proporcionalidad, comenzó en Alemania, fue fuertemente adoptada por la jurisprudencia Colombiana y más importante aún es aplicada por la jurisprudencia.

Capítulo VII

Análisis del bloque de Constitucionalidad Tratados y Convenios Internacionales sobre la Corrupción en relación a la Imprescriptibilidad y aplicación del test de proporcionalidad.

1. Análisis del bloque de constitucionalidad en relación al instituto jurídico de la prescripción y delitos de corrupción.

Para poder analizar un instituto jurídico, es absolutamente importante e imprescindible remitirnos al bloque de constitucionalidad del mismo y de ese modo llegar a la génesis de su vigencia, sin dejar de lado probables vulneraciones que con su existencia o su aplicación a la práctica podría ocasionar.

1.1 Análisis de los artículos 112 y 256 de la Constitución Política del Estado.

El análisis de La Constitución Política del Estado, en relación a la corrupción y su imprescriptibilidad, adquiere mucha importancia para el presente trabajo debido a que, si bien encontramos constitucionalizado el tema (imprescriptibilidad de delitos de corrupción), no es menos cierto que la norma constitucional también puede. “per se” vulnerar algún principio o derecho fundamental que tienen los ciudadanos. Ahora bien, cuando se trata de hablar de las contradicciones de la Imprescriptibilidad establecida en la Constitución Política del Estado con la que estipula el Código de Procedimiento Penal y las normas sustantivas en materia penal, se debe considerar, la Constitución y los Convenios, están por encima de la norma analizada en el presente trabajo, es por esto que se cierra la parte de investigación del mismo con un análisis, de estos temas vitales para culminar el estudio del instituto jurídico de la prescripción.

El Art. 112 de la Constitución Política del Estado, hace al ordenamiento constitucional del presente trabajo, sin embargo no es el centro del mismo, en

vista que es cierto y evidente a la sola lectura de la Constitución, que la Imprescriptibilidad no es inconstitucional, pero la constitucionalidad o no del instituto de la prescripción en relación a delitos de corrupción no son el objeto del presente trabajo que si bien se ha constitucionalizado este instituto procesal, en el artículo referido, no es menos cierto que el instituto como tal y en la aplicación práctica del mismo puede vulnerar derechos fundamentales, por lo que no está lejos la posibilidad del planteamiento de alguna acción constitucional para determinar que con él se vulneran derechos o garantías fundamentales, sin embargo se debe repetir que la constitucionalidad o no de la prescripción no es objeto ni motivo del presente trabajo.

Sin embargo, se debe ser enfáticos en que el solo hecho de estar inmerso en nuestra Constitución Política del Estado, el instituto de la Imprescriptibilidad, existe y es indiscutible la necesidad de dedicarle un acápite a nuestra constitución, en el tema de la Imprescriptibilidad, el art, en cuestión a letra dice:

“Art 112. 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” (Bolivia, 2009)

Es importante saber que el Art. 111 de la Constitución habla de la Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, e inmediatamente después el legislador le otorga la misma condición a delitos que atenten de forma grave contra la economía del Estado, esto claramente refuerza lo expuesto en los primeros capítulos, la intención del legislador es equiparar los delitos contra la economía del Estado, con los delitos de lesa humanidad, a pesar de todos los argumentos que demuestran la enormidad de diferencias de unos y otros delitos el legislador los trata de poner en un mismo nivel de reprochabilidad, esto se debe primordialmente a la política criminal que se está aplicando en nuestro país en una lucha sin tregua contra la corrupción que la norma del art. 112 constitucional es genérica, como no podía ser de otra manera, luego ya constitucionalizada esa

imprescriptibilidad y como una forma de bajar los preceptos constitucionales a las leyes y normar de ese modo las conductas, tenemos el art. 29 BIS del Código de Procedimiento Penal, que no es más que una transcripción del precepto constitucional, que no hace a todos los delitos denominados de corrupción, ya que haciendo el análisis jurídico de su contenido, solo aquellos que son cometidos por servidoras o servidores públicos, que atenten contra el patrimonio del Estado y causen un grave daño económico son imprescriptibles, o sea que literal y teleológicamente hablando si existiere un delito cometido por una persona que no sea servidora o servidor público que hubiera causado daño al patrimonio del Estado si prescribe, o de otro modo, si el delito fuera cometido por servidor público y no atente contra el patrimonio del Estado o no cause un “GRAVE DAÑO” económico, si es prescriptible. Este análisis se lo realiza porque precisamente el Código de Procedimiento Penal debió reglamentar de una manera más objetiva la norma constitucional, lamentablemente el art. 29 Bis es una copia del 112 constitucional y pues el análisis que se hace en el presente trabajo por ese pequeño pero significativo detalle va a consolidar los resultados o conclusiones a las que se llega.

La constitución como se manifiesta líneas arriba, instituye la Imprescriptibilidad para delitos cometidos por servidores públicos, atentatorios contra el bien jurídico patrimonio del Estado, con la condicionante que estos delitos cometidos por un sujeto activo determinado, causen grave daño económico.

Para iniciar el análisis exegético de éste artículo, se debe iniciar por la conceptualización de funcionario público:

Mediante Decreto Ley N° 11049, de 24 de agosto de 1973, Art. 6, se ha determinado quiénes deben ser considerados funcionarios públicos: “a toda persona que ejerce un cargo legalmente creado por autoridad competente y consignado en los presupuestos de servicios personales de los organismos respectivos”. El Código penal, en el Art. 165 dice: “Para los efectos de aplicación

de este Código se designa con los términos funcionario público y empleado público al que participa en forma permanente o temporal del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento. Se considera autoridad al que por sí mismo o como perteneciente a una institución o tribunal, tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia.

Esto pone el claro lo que es un funcionario público, y éste puede cometer cierto tipo de delitos que afecten el patrimonio del Estado:

Peculado, malversación, cohecho, uso indebido de influencias o recibir beneficios en razón del cargo.

Hasta este punto la norma permanece clara, sin embargo el siguiente presupuesto que otorga la Imprescriptibilidad es el grave daño. Ahora cabe preguntarle al legislador, qué significa la palabra “grave”, si ésta palabra tiene algún tipo de cuantía o si se maneja con la misma subjetividad que imposición de la Imprescriptibilidad, la gravedad de la afectación patrimonial del Estado es medible?, o se deja como una norma en blanco al libre criterio o discrecionalidad de los operadores del sistema judicial?, estas preguntas hacen reflexionar en cuanto bien podríamos decir, que la imprescriptibilidad estatuida en esta norma constitucional, está en tela de juicio y no es como literalmente muchos la interpretan, esa imprescriptibilidad debe ser reglada por el intérprete natural de la Constitución que es el Tribunal Constitucional Plurinacional, que a la fecha no ha reglado esta situación, permitiendo uso, abuso y por otra parte la posibilidad de ser una norma inaplicable operativamente a los casos concretos.

Con esto se rompe el principio de taxatividad, que manda a que la ley penal sea lo más clara, precisa y que no dé lugar a otras interpretaciones que desemboquen en la analogía.

1.2 Análisis sobre la Inconstitucionalidad de la Imprescriptibilidad.

La imprescriptibilidad bajo ninguna óptica puede ser tachada de inconstitucional, puesto que no atenta contra la carta magna del Estado Plurinacional.

Sin embargo lo que se plante en este trabajo es que, la norma por ser excesiva en su trato al encausado, debe ser analizado a través de un test de proporcionalidad.

2. Los tratados y convenios internacionales suscritos por Bolivia respecto a corrupción.

Más allá de esto, es importante hacer notar una contradicción de la norma, pero ahora no acaecida contra el sistema penal, sino contra otro articulado de la misma Constitución, puesto que el Art. 256 del mismo cuerpo jurídico, a letra dice: *los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II.- Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables.* (Bolivia, 2009)

A esto cabe preguntar qué es lo que dicen los tratados Internacionales respecto del tema que trata de combatir la ley 004, que es la corrupción.

2.1 Convenciones Internacionales suscritas por Bolivia relacionadas con la corrupción.

Las más importantes son:

- Convención Interamericana Contra La Corrupción
- Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción

Bolivia ha ratificado acuerdos muy importantes que tratan sobre los Derechos Humanos y los más conocidos y los que se analizarán por su relevancia con el tema son:

- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos ó Pacto de San José de Costa Rica.

2.2 Convenciones relacionadas con la materia de corrupción.

Convención Interamericana Contra La Corrupción.- Fue adoptado en Caracas Venezuela en fecha 29 de Marzo del 2006 en la conferencia especializada sobre el proyecto de convención interamericana contra la corrupción su entrada en vigor fue el 06 de marzo del 2007 conforme al artículo XXV de la convención interamericana contra la corrupción.

El **17 de abril de 2009, Bolivia** designó al Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción como autoridad central para la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Esta convención promovida por los Estados junto con la Organización de Estados Americanos marca los lineamientos sobre los cuales se debe luchar contra la corrupción, esto es de vital importancia, ya que el bloque de países firmantes se comprometen a luchar contra la corrupción bajo esos parámetros.

La lucha contra la corrupción debe promover y fortalecer el desarrollo de cada uno de los Estados y se ejerce dicha lucha bajo 4 verbos importantes, prevenir, detectar, sancionar y erradicar.

Esta exposición de posiciones en la lucha contra la corrupción, muestra la intención de franca lucha, a varios niveles, la prevención en tanto cualquier mal endémico de la sociedad es mejor combatirlo desde su origen, más que en su represión.

La ley anticorrupción en Bolivia, en especial respecto de la imprescriptibilidad, apunta a aumentar el poder Estatal sancionador, cubriendo de esta forma solo una de las cuatro directrices con la inclusión de la imprescriptibilidad.

Respecto a la afectación patrimonial al Estado, en tanto enriquecimiento ilícito la Convención dicta en su Art. IX lo siguiente: *“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”*. (Americanos, 1996)

El anterior Artículo da nueva muestra de formas de luchar contra el enriquecimiento ilícito, que son más cercanas a la investigación seria y responsable, que la ampliación de la capacidad persecutora del Estado.

El Art. XII nos manifiesta abiertamente, que ésta Convención se aplica a actos de corrupción, que no necesariamente afectan al bien jurídico, patrimonio del Estado, mostrando que este bien jurídico no es lo único que se protege en la lucha contra la corrupción.

Y más importante aún, la Convención en su Art XIX dice:

“Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención”. (Americanos, 1996)

Mostrando así que ni siquiera esta convención, como parte de lucha contra la Corrupción, se aventura siquiera a suspender los términos de prescripción, mucho menos nos habla de quitar la prescripción.

Es muy importante hacer hincapié en esta parte de la normativa, porque nos hace retroceder en el tiempo y en el presente trabajo a la misma génesis de la imprescriptibilidad, al igual que hoy el problema de la corrupción, en el año 1965 se enfrenta con la imperiosa necesidad de castigar los crímenes nazis y en dicho año, se suspenden los plazos de prescripción, 4 años después se extienden a 30 años y luego de 14 años recién se dicta la Imprescriptibilidad.

Es clara la seriedad y casi obligatoriedad de la Prescripción, que ni la Convención que lucha contra la corrupción, mal endémico de las sociedades, se aventura a siquiera cortar sus plazos, esto refuerza nuevamente el argumento de que es, desproporcional la decisión de nuestro juzgador al disponer Imprescriptibilidad.

Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción.- Fue hecha el 31 de Octubre de 2003 y fue firmada por Bolivia el 09 de Diciembre de 2003, siendo ratificada el 05 de Diciembre de 2005.

Esta convención ha sido ratificada por Ley N° 3068 del 1° de Junio de 2005, la cual no solo contiene la ratificación del convenio ya señalado sino también que contiene en su texto el proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública.

Esta convención señala en su artículo 30 inciso 9 señala que la Convención deberá ajustarse a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico ajustándose así a la legalidad, principio analizado en el presente capítulo, como una contradicción de la Imprescriptibilidad al sistema penal.

2.3 Relación de los tratados, con el artículo 112 de la Constitución Política del Estado.

Respecto de los convenios en materia de corrupción, los países miembros declaran perseguir y ayudarse mancomunadamente en la persecución de autores de delitos de alta reprochabilidad estatal, señalando en los tratados no solo la colaboración sino determinando algunos delitos que serán perseguidos por la comisión de éstos ilícitos.

Cada Estado debe basarse en los principios que rigen en su territorio, por lo que las dos convenciones concuerdan en respetar el principio de legalidad, ya que señalan que todo acuerdo se basará en los principios que rigen en su propio territorio, y en la actualidad en Bolivia el principio de legalidad se encuentra expresado en el artículo 116 de la Constitución Política del Estado y es una garantía Constitucional consagrada para el beneficio de la sociedad otorgando Seguridad Jurídica a la misma.

Por lo que los tratados ya mencionados colaboran a la aplicación del principio de legalidad, debido a que se encuentran establecidos en la normativa jurídica boliviana, y en los tratados acuerdan la aplicación de los principios determinados por cada Estado, por lo que se deberían aplicar estos principios en lo relativo al tema de lucha anticorrupción.

2.4 Convenios relacionados con la Imprescriptibilidad.

Para analizar la Imprescriptibilidad es bueno a todas luces, hacer una primera aproximación en derecho penal Internacional, desde los derechos humanos la imprescriptibilidad es aceptada y concebida en el derecho internacional para los delitos que vulneren derechos humanos.

El marco normativo central del presente análisis será

- Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (26 de noviembre de 1968) (www.derechoshumanos.net)

Más allá de lo expuesto en la investigación, no queda de más decir que la Comisión de Derechos Humanos, aprobó los principios generales para la lucha contra la impunidad que pueden derivar en la correcta aplicación de la imprescriptibilidad en la norma, principios que se debe analizar uno a uno:

La Comisión de Derechos Humanos en su 61 sesión de Naciones Unidas de 8 de Febrero de 2005 aprobó los Principios Generales para combatir la impunidad, cuales son:

- *(Principio I). Entre ellos destaca el derecho inalienable a la verdad, en los casos de crímenes como los que aquí se investigan. (www.derechoshumanos.net)*

Los delitos a los que acá hace referencia son delitos que atentan contra la vida de las personas, quedando más claro aún que a los ojos del derecho internacional, la exigencia de no impunidad a través de la Imprescriptibilidad, queda limitada a éste tipo de delitos.

- *(Principio II); el derecho de la víctima a saber.*

Como se puede medianamente vislumbrar en éste segundo principio, la víctima es una persona natural, (revalorización de la víctima y su papel activo en los procesos), vale decir que el delito se ha cometido contra un ser humano y cuando se vulnera la vida de una persona, por ejemplo, la familia que queda tiene derecho a que se esclarezca la verdad de los hechos.

- *(Principio IV), como un derecho **imprescriptible** a conocer las circunstancias en las que se produjeron la violencia, la muerte o las desapariciones; el derecho a la justicia. (www.derechoshumanos.net)*

El derecho a conocer cómo se produjeron hechos tan violentos contra la vida humana, no se limita solamente al círculo más cercano, también a la sociedad en su conjunto, cuando acaecen este tipo de delitos, lo hacen sobre toda la sociedad, cada persona que toma conocimiento de estas muertes o desapariciones, consciente o inconscientemente, hace la afirmación de que podría haber sido la víctima, o alguien de su familia, es por esta realidad que es necesario, sin importar el tiempo que pase, que se esclarezca o al menos se trate de esclarecer, cómo se cometieron éste tipo

de delitos por eso es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos recomienda que los Estados pongan toda la debida diligencia para el esclarecimiento de estos hechos.

(Principio XIX) y en particular la justicia penal; el derecho a la jurisdicción universal

Claramente este principio establece que, cómo la justicia penal a nivel internacional no debería tener fronteras de persecución, puesto que la no ultractividad de la ley penal, es una forma en la que los criminales escapan a través de las fronteras de la punibilidad de los Estados, es por esta razón que los Estados deben colaborar en la persecución de delitos. Para este fin también los Estados deben tener presupuestos penales que sigan los principios de este listado y que en éste análisis se puede comprobar, es vulnerado por la Imprescriptibilidad de delitos cometidos contra la Economía del Estado.

- *(Principio XXI); a la **imprescriptibilidad**, cuando se refiera a crímenes que según el derecho internacional son **imprescriptibles***
(www.derechoshumanos.net)

Sólo ciertos delitos son aceptados por la comunidad internacional como imprescriptibles, entonces aquellos que no cumplan los presupuestos y parámetros establecidos en este listado no deberían ser imprescriptibles para el derecho internacional, es por esta razón que los delitos cometidos contra la economía del Estado no son contemplados por la comunidad internacional como delitos susceptibles de ser considerados como imprescriptibles,

2.5 Marco normativo internacional de la lucha por los Derechos Humanos que implican imprescriptibilidad.

De información obtenida en la oficina de asuntos internacionales del país, se tiene que Bolivia ratificó:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Bolivia se adhiere mediante D.S. N° 16575 el 13 de junio de 1979, elevado a rango de Ley N° 1430 promulgada el 11 de febrero de 1993.

Depósito del instrumento de adhesión el 19 de julio de 1979.”
(www.derechoshumanos.net)

La norma internacional más importante referida al tema que tratamos en el presente trabajo es la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, puesto que ella delimita de forma general los derechos humanos, haciendo de la misma un gran referente en cuanto a esta materia refiere, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.**

Aparece en el plano mundial una década antes que la declaración de la imprescriptibilidad del genocidio u de los homicidios calificados no prescritos, que dicho sea de paso coincide con el año en que Bolivia se adhiere al Pacto de San José de Costa Rica, mediante D.S. N° 16575 el 13 de junio de 1979, que es elevado a rango de Ley N° 1430 promulgada el 11 de febrero de 1993.

En un mundo que había sido fuertemente golpeado por la masacre Nazi, situación que no es ajena a nuestra realidad como bloque de países, que deben luchar en contra de cualquier poderío que atente contra la vida del ser humano, muy a pesar de la dura realidad de las dictaduras que monopolizaron el poder, en ningún país

se hablaba de la imprescriptibilidad para delitos de ningún otro tipo, que no sean delitos de lesa humanidad.

Esta es una clara prueba de que dicho instituto jurídico desde sus orígenes, que si bien no están establecidos en el Pacto de San José de Costa Rica, se puede translucir en el contenido del mismo, que en su Art 4, habla de la protección a la vida humana y dice textualmente:

“Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (www.derechoshumanos.net)

Por otra parte, el Art. 7 dice en su inciso primero, haciendo alusión a la seguridad personal y la libertad, que ambas son un derecho, tomando la libertad en su concepto más amplio y no sólo como la imposibilidad de locomoción, tenemos que la persecución irrestricta temporalmente a una persona, es una violación a ésta normativa.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

En el punto 5 un argumento que es equiparable a una de las razones principales de existencia de la prescripción, puesto que hace alusión a que el proceso deberá operar sin demora, integrando de éste modo a la celeridad como un derecho humano, que puede ser violentado por la Imprescriptibilidad.

Se repite el mismo argumento en el primer inciso del Art. 8, que a letra dice:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Estableciendo que el proceso debe durar un tiempo razonable se apoya el argumento que la prescripción puede ser interpretada como un derecho humano.

6. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos

Además en su inciso sexto, establece que el derecho a la defensa y como el paso del tiempo altera las pruebas y nubla el recuerdo de los testigos, la Imprescriptibilidad vulnera también ésta parte del Pacto.

3. Aplicación del test de proporcionalidad

3.1. Introducción al test de proporcionalidad

Los derechos humanos no son absolutos, es por esto que no podemos usar uno de ellos para avasallar otro, se debe buscar la armonía de los derechos que son protegidos por la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales.

Entonces en su origen el test de proporcionalidad es una técnica que nos permite identificar cuando un límite establecido por el legislador es o no compatible con la protección de los otros derechos.

Para éste fin en el derecho comparado se ha establecido un mecanismo de 3 pasos que se llama test de proporcionalidad, que es como su nombre mismo lo indica un examen de proporcionalidad.

Se tiene una ley que limita un derecho humano, en el caso del presente trabajo la libertad y por otra parte tenemos la Constitución Política del Estado, entonces el test debe responder respecto de si es o no excesiva la norma planteada, para lo mismo se plantean 3 preguntas:

- 1) El objetivo que se propuso el legislador al establecer la norma es compatible o no con lo que señala la Constitución Política del Estado.
- 2) El objetivo que se propone el legislador es un objetivo racional, alcanzable con la medida dispuesta por el legislador, que limita los derechos fundamentales de forma medida, que al final significa valorar la racionalidad instrumental del límite.
- 3) El último paso tiene que ver con la racionalidad en sentido estricto, puesto que consiste en que, dentro de las medidas que podía tomar el legislador, para alcanzar el objetivo propuesto, la medida que se tomó es la que menos sacrifica al derecho fundamental.

Entonces los agentes de la autoridad, deben procurar un contexto de ejercicio de los derechos, en donde éstos derechos no se anulen unos a otros, sino que se maximicen, ayudando de ésta forma a que el ejercicio de los derechos de las personas, permitan la expansión en los ámbitos de igualdad, de participación democrática, de seguridad jurídica.

De tal suerte que cuando fijemos límites a los derechos humanos, se debe tener mucha claridad y precisión, no pueden ser límites indeterminados como la imprescriptibilidad, buscando no anular los derechos fundamentales y por el contrario buscar el potenciar su ejercicio.

3.2. Ejecución del test de proporcionalidad

Todo el presente trabajo va a desembocar en la aplicación del test de proporcionalidad, para éste fin se acude a los tres pasos del test:

- De la redacción de la norma, se debe poder deducir, un trato diferenciado respecto de situaciones diferentes.

Y si ese trato diferenciado, se justifica en términos constitucionales.

En relación a éste primer punto, todos los delitos del sustantivo penal, son sujetos a prescripción, la imprescriptibilidad de los delitos cometidos contra la economía del Estado, son junto con los delitos de lesa humanidad, las únicas dos excepciones a la regla.

- Identificar si el fin perseguido por la norma es un fin u objetivo legítimo a la luz de la Constitución Política del Estado.

Claramente y a todas luces, la lucha contra la corrupción es importantísima en la agenda judicial de un país como el nuestro que ha sido fuertemente abatido por éste mal endémico de nuestra sociedad.

- Se debe develar la proporcionalidad de dicho fin, donde la proporcionalidad medida, es la correlación que existe entre los medios y el fin, esto es, la coherencia de la medida que se estudia.

Sin embargo de la importancia de la lucha contra la corrupción, durante todo el contenido del trabajo se ha analizado la proporcionalidad de la aplicación de imprescriptibilidad y como resultado del análisis se tiene que la inclusión de la misma es un tratar de equiparar, dichos delitos con delitos de lesa humanidad y eso no es proporcional.

CAPÍTULO VIII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusión Principal

De acuerdo al estudio que realizamos del bloque de constitucionalidad al que hace referencia nuestro Art. 410 II) de la Imprescriptibilidad de delitos de corrupción, así esté constitucionalizado en nuestro Estado, no condice con los lineamientos y parámetros que justamente, dan las normas internacionales, para poder consolidar la Imprescriptibilidad, que a nivel mundial está reservada para los delitos de lesa humanidad, haciendo que la norma no apruebe el test de razonabilidad.

Por otra parte, esta Imprescriptibilidad ni siquiera posibilita uno de sus fines, que tendría que ser la recuperación de los bienes del Estado, sustraídos por medio de la corrupción, así como se analizó en el trabajo, la persecución penal Estatal no puede quedar abierta “ad eternum”.

En relación al bloque de constitucionalidad, podemos afirmar que la norma referida a la Imprescriptibilidad de delitos de corrupción, tanto en la ley de la materia analizada, como en la propia Constitución Política del Estado, tiene su limitación en el grave daño económico al Estado, que es un parámetro subjetivo, sin estándares de medición, por lo que debemos afirmar que no todos los delitos, por más que estos sean de corrupción o vinculados a ella, son Imprescriptibles.

En consecuencia con la conclusión anterior, nuestras normas tanto legales como constitucionales, desde el punto de vista general, no condicen con los parámetros internacionales referidos a la Prescripción y/o la Imprescriptibilidad, pues no respetan proporcionalidad.

Si bien la corrupción socaba la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, conforme a lo expuesto en la Convención Interamericana

contra la corrupción, es loable y además imprescindible luchar contra ese flagelo, pero dicha lucha no debe volverse excesiva, ni dejar de visualizar el marco normativo general que establecen los parámetros mundiales de prescripción de éste tipo de delitos, en los diferentes tratados y especialmente la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Habiendo analizado la Convención Interamericana Contra la Corrupción, se puede concluir que esta norma de aplicación obligatoria, concordante con el Art. 410 II) de nuestra Constitución Política del Estado, que hace también al bloque de constitucionalidad que esta norma menciona, no menciona que los delitos de corrupción, puedan tener la característica de Imprescriptibilidad, sino más bien, ratifica que la aplicación de ésta Convención, NO INTERRUMPE, los plazos de prescripción.

Esto nos hace concluir que de acuerdo a ésta norma internacional de cumplimiento y aplicación obligatoria por mandato expreso de la misma y su ratificación en nuestro país de 2 de abril de 1997, los delitos de corrupción si pueden prescribir.

Si bien se pretende la erradicación de la impunidad en cuanto a los delitos de corrupción, lo que debe hacerse es efectivizar y optimizar la persecución penal de este tipo de delitos, cumpliendo estrictamente los plazos procesales, aplicando las medidas cautelares ya sean de carácter real como personal, para asegurar en ambos casos los fines específicos de este tipo de medidas y principalmente cumplir con el principio de proporcionalidad.

2. Conclusiones Específicas

1) El comienzo del presente estudio está, en el mismo instituto jurídico de la prescripción, por una simple razón, éste da origen a su excepción, que es la imprescriptibilidad, el origen nos muestra muchas de las mismas razones de existencia de la prescripción y también las razones jurídicas de su aplicación.

El simple paso del tiempo, causa efectos jurídicos, el nacimiento o adquisición de derechos, la convalidación de derechos constituidos irregularmente y la extinción de derechos, éstas acciones jurídicas nacen a partir del paso del tiempo, pero todo esto tiene una lógica explicación.

El paso del tiempo afecta el derecho, puesto que, para poner uno de los ejemplos más sobresalientes de la norma, uno puede adquirir una propiedad por el paso del tiempo, la ley no sólo debe generar medidas de protección a los derechos, sino también límites temporales a dichas protecciones, que de ser indefinidas dejarían en inseguridad jurídica a la ciudadanía.

Sin embargo, el poder público no va a proteger de forma indefinida y con el vigor que descarga esa protección, a los derechos que no son usados por el titular, ni son reconocidos por aquel por sobre quien pesan.

Pero también es cierto y evidente que existen ciertos tipos de derechos que no pueden dejar de ser tutelados, por más que pase el tiempo, éstos derechos son la excepción de la regla y están señalados en la norma, para citar unos ejemplos derechos de familia, pensiones, derechos laborales.

Entonces queda claro que a ojos del derecho peca el negligente, por no haber usado el derecho que le correspondía, si no existiera la Prescripción, incluso las reclamaciones que son carentes de verdadero sentido, seguirían ventilándose a ojos del derecho sin límite y la persona sometida a éste injusto quedaría en una situación de indefensión, puesto que además los elementos de prueba podrían no recordarse o producirse o rechazarse.

Si uno abandona su presunto derecho, por seguridad jurídica, éste debe extinguirse por más que esto no se ajuste a la estricta justicia, se castiga la negligencia, el descuido, la inactividad o su ejercicio tardío ya que el abandono del derecho por cierta cantidad de tiempo, lo supone abandonado para siempre.

Algo que es realmente importante para el derecho, aparte de la real justicia que se vaya a operar, es la seguridad jurídica, que debe manifestar la norma, la propiedad se respeta en todo Estado de Derecho, pero el derecho a la propiedad no es irrestricto.

La gran mayoría de la doctrina considera la Prescripción como un derecho cogente, con sus respectivas excepciones. Entonces tenemos en conclusión que el paso del tiempo genera Efectos Jurídicos y esto mismo pasa en derecho penal, puesto que luego de la acción en determinada cantidad de tiempo, el delito prescribe, esto porque el poder punitivo del Estado, tal como pasa en derecho civil, no puede extenderse eternamente en el tiempo.

Esta regla tiene su excepción, ésta excepción que existe en materia civil y en materia penal, debe tener una razón de existencia de muchísima valía, que a pesar de parecer un concepto muy ambiguo y difícil de determinar, con las siguientes conclusiones se aclararán.

En la existencia de la Prescripción peca el negligente, puesto que más allá de la real justicia, un verdadero Estado de derecho debe precautelar la Seguridad Jurídica, incluso del perseguido por la norma, es por ésta primera razón que la inclusión de la Imprescriptibilidad rompe con la seguridad jurídica que significa una exacerbación del poder punitivo del Estado, que para hacer una excepción en la norma debe tener fuertísimas razones, que en el caso de los delitos cometidos contra la economía del Estado, que sin dejar de ser muy importantes, no tiene, rompiendo de ésta forma con el principio de proporcionalidad.

2) En materia penal la Prescripción es una de las causas que extinguen la responsabilidad criminal, fundada en primer lugar en la relevancia que debe concederse al paso del tiempo en dicha materia, atendiendo al tiempo que pasa entre la comisión del hecho y la obtención de una sentencia firme.

Por otra parte la Imprescriptibilidad es la negación de la Prescripción, en derecho penal, ésta característica la tienen unos pocos delitos por su altísimo impacto

social y repudio colectivo, para poder tener una idea de cuáles son los tipos de delitos que se tienen, a los ojos del Estado de Derecho como de altísimo impacto social, se cita a uno de los más notorios “Genocidio”, que es una especie del género de delitos cometidos contra la humanidad.

Un delito cometido contra la humanidad, implica necesariamente un fuerte agravio a la humanidad en su conjunto, una aberrante violación que impacta de tal forma al mundo entero, debería ser analizada con mucho tino y mucho cuidado, de no ser así la norma estaría, como es el caso, en evidente contradicción con la proporcionalidad.

Otra diferencia digna de repetir en ésta conclusión, es el bien jurídico protegido de los delitos considerados, lo suficientemente gravosos, como para ser garantizados por Estado de Derecho, como Imprescriptibles, es el de la vida de los propios ciudadanos del Estado.

3) Un primer concepto interesante de éste tercer punto, es que todos los ordenamientos jurídicos tienen plasmado el Instituto Jurídico de la Prescripción esto se debe a que el paso del tiempo afecta la responsabilidad penal, dentro del mismo instituto también existe la prescripción de la pena, pero ésta no es modificada por la ley 004.

Entendiendo estos dos puntos antes expuestos, se tiene que la Prescripción es la ley que manda en todos los casos, es decir que para la mayor cantidad de delitos, se aplica la Prescripción, entonces si ésta es la ley, tenemos a la Imprescriptibilidad como su excepción, ya que es en primer término la negación de la Prescripción, la extinción de la responsabilidad penal es necesaria en un Estado de Derecho, en vista de que por un lado tenemos al Estado como el agente que ejerce el “Ius Punendi” que es su pretensión punitiva, puesto que el mismo se debe regular para no cometer excesos, mucho más con delitos que le afectan directamente, ésta conclusión nace a partir del conocimiento del poder del Estado, es por esta razón que tiene toda la coherencia jurídica éste límite autoimpuesto

por el Legislador, con el objetivo de proteger del mismo sistema al particular, que frente a la maquinaria del Estado se ve en una posición de gran vulnerabilidad.

Siguiendo la misma línea del anterior análisis, se debe decir también que es cierto y evidente que existen delitos que no gozan de la autolimitación del Estado que significa la Prescripción, pero acá se señalan cuatro claras características que deben cumplir como requisito “Sine quantum” para entrar a brevísimo listado de delitos imprescriptibles:

- Altísimo impacto social
- Repudio colectivo.
- Enormidad del injusto.
- Inexistencia de cualquier medio idóneo para brindar efectiva solución.

El delito abanderado de este listado es el Genocidio, como una especie del género delitos de lesa humanidad, los únicos delitos aceptados por la comunidad internacional, como delitos de lesa humanidad y por ende delitos imprescriptibles, regulados internacionalmente por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968.

4) En el cuarto punto se concluye que la Prescripción es consecuencia jurídica del paso del tiempo, a partir de la comisión de un hecho delictivo, basada en la destrucción de los efectos morales del delito en la sociedad, entonces el paso del tiempo en los delitos contra la economía del Estado, los efectos morales del delito se van a destruir de la misma forma en la sociedad, como se destruyen en los demás delitos.

Se tiene que una de las ideas del legislador para incluir la institución de la Prescripción está directamente relacionada con la generación de un mecanismo que motive al aparato judicial a que no exista dilación en los procesos, entonces al dictarse la Imprescriptibilidad en nuestro código procesal, se podría generar

procesos que duren demasiado tiempo y pongan en una situación de indefensión ante el Estado, al particular.

A partir de que se comete un delito, se activa una especie de reloj de arena que limita el tiempo que tiene el Estado para perseguir el delito, al sacar del esquema éste reloj de arena, se podrían llegar a cometer excesos y es responsabilidad del Estado autorregularse, para no tener la posibilidad de cometer abusos.

Es muy lógica la reacción natural del sistema penal, fundado en la garantía de judicialidad, de obligar al legislador a que su persecución del delito no se exceda en su extensión temporal, lo que tiene explicación no sólo por la necesidad de eficiencia del órgano Judicial, sino también por el impacto personal sobre el procesado, puesto que es muy claro que existe un gran constreñimiento del imputado en el proceso, en el momento que éste constreñimiento vuelve perpetuo, junto con la Imprescriptibilidad, se convierte en exceso en contra del imputado, rompiendo el principio de presunción de inocencia, por la anticipación de sanción que significa la persecución irrestricta, siendo de esta forma atentatoria contra el principio de proporcionalidad.

La extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo hace notar la ineficacia de la justicia penal, por otra parte la Imprescriptibilidad podría llegar a tapar esta ineficacia.

5) Cuando se dio nacimiento a la Imprescriptibilidad se la generó para castigar los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, se siguió el ya descrito proceso de 14 años para llegar desde la suspensión de la Prescripción, hasta la Imprescriptibilidad, en el caso Boliviano, no se tomó tanto tiempo ni tanto cuidado en el camino hacia la Imprescriptibilidad y es notorio por la prontitud de la norma y demás por la diferencia de los injustos castigados y el bien jurídico protegido.

La escuela Moderna afirma que la prescripción existe por el atenuante de la ilicitud que significa el paso del tiempo, la necesidad de resolución del conflicto que debe otorgar el Estado a cualquier delito cometido y por último la concepción de la pena

que no parece justificada, luego de transcurrida cierta cantidad de tiempo, al ser la pena un injusto para solucionar otro injusto, es decir que la razón de la Prescripción no se reduce a la teoría de la pena, sino que desde el siglo XIX las razones se refieren a la prueba, al efecto del tiempo sobre la necesidad de la sanción y la corrección o enmienda del autor.

Se argumenta el debilitamiento de la confianza en la prueba, puesto que las huellas del delito se han enturbiado, la enmienda del autor, el poder del paso del tiempo que hace caer la justicia de la pena, por estas razones que se encuentran bien fundamentadas en la teoría penal, se debe poner un coto al poder punitivo del Estado.

Con la inclusión de la Imprescriptibilidad, se hacen oídos sordos al debilitamiento de la prueba, puesto que si bien las huellas de delito ya han sido manchadas, la persecución prosigue, se hace caso omiso al poder del paso del tiempo, ya que el tiempo de persecución se vuelve irrestricto y se amplía demasiado el poder persecutor del Estado, haciendo caer la justicia de la pena, por la misma norma ya que la paz se habría restablecido por el paso del tiempo.

Hacen parte de las conclusiones también, que la teoría del delito explica que la justificación de la pena no viene de un gran análisis teórico, sino de una necesaria cuestión humana, comprendida en la retribución a la sociedad por un mal causado, es decir que la pena cumple una función dentro de la sociedad, sin embargo la razón de ser de la pena se extingue cuando el conflicto ha cesado en sus consecuencias.

En el caso específico del Estado y los delitos cometidos contra su economía, se cumple efectivamente la necesidad de retribución a la sociedad por el injusto cometido y la pena cobra sentido, pero también podemos concluir que luego de cierta cantidad de tiempo, cuando el conflicto y sus consecuencias hayan desaparecido, el juzgamiento no tiene razón de ser y la Imprescriptibilidad que

genera la pena, es un castigo desmedido, siendo ésta la principal razón para determinar que la misma, no cumple lo exigido por el test de proporcionalidad.

Otro gran peligro dentro de la teoría de la pena en su implicación con la Imprescriptibilidad, es que se llega a cometer el exceso de instrumentalizar a las personas, sirviendo las mismas como un fenómeno ejemplificador para la sociedad, deshumanizando así al delincuente, sólo para mostrar a la sociedad la dura pena que recibe una persona que comete un delito contra la economía del Estado.

6) y Por último podemos concluir que la Imprescriptibilidad en, nuestro sistema penal tiene más contradicciones que concordancias con los principios del Derecho Penal, y es importante esta última comparación puesto que los Principios son una de las fuentes del derecho, puesto que dictan su fundamento y origen, haciendo también la aclaración por honestidad académica, que las fuentes de conocimiento no son unívocas.

El principio de Legalidad afirma que no hay castigo sin ley previa, claramente la Imprescriptibilidad no rompe con éste precepto, pero el mismo principio no se queda solo con eso, también explica que el Estado posee una maquinaria tan grande frente al particular que el Estado debe limitarse a el mismo, en pocas palabras dibujar la cancha para el ejercicio del poder, una de las formas de rayar la cancha a su poder es la Prescripción, al quitar este límite temporal a la persecución, se comete una injusticia contra el particular.

En el principio de Prohibición de exceso, dicta por definición que el poder persecutor del Estado no puede ser irrestricto, esto significa que en todos sus aspectos la norma debe tener su límite, uno de los aspectos más importantes es el temporal, entonces se concluye que el sacar este límite se convierte en un exceso, pues toda persecución irrestricta, vulnera el principio, referido.

El principio de Proporcionalidad es un reflejo del anterior, dicta que la medida persecutoria será proporcional al delito cometido, entonces clara y ampliamente se

rompe el principio puesto que si un Asesinato prescribe en 8 años, un delito contra la economía del Estado Imprescriptible, rompe ampliamente con el Principio de Proporcionalidad.

Para que un delito de corrupción pueda asumirse como Imprescriptible, previamente debe calificarse como un hecho que cause un grave daño a la economía del Estado, de otro modo tiene la característica de los demás delitos de poder prescribir con el transcurso del tiempo.

Por otra parte y acorde al último capítulo del presente trabajo, se tiene que el derecho Internacional reserva la característica de Imprescriptibilidad para los delitos de lesa humanidad, puesto que el legislador y los Estados consideran, al igual que la mayor parte de la doctrina, que la persecución temporal irrestricta, si bien puede existir, debe estar acorde al bien jurídico protegido de alta valía como la vida del ser humano y además que signifique un daño a la humanidad en su conjunto, esto significa que los delitos que están posibilitados de ser Imprescriptibles, a los ojos del derecho internacional, son los delitos de lesa humanidad, haciendo de la excepción impuesta por nuestro Estado una norma que no cumple con la proporcionalidad requerida en el la última etapa del test de razonabilidad.

3. Recomendación Principal

La recomendación que surge a partir del presente estudio, es que el Tribunal Constitucional Boliviano, realice a partir del presente trabajo un test de proporcionalidad a la inclusión al Código de Procedimiento Penal se introduce el artículo 29 bis, que hace de los delitos de corrupción Imprescriptibles.

Se recomienda hacer el mencionado test de proporcionalidad, tomando en cuenta éste análisis:

Si bien es cierto, que es menester para nuestro país la lucha contra la corrupción, puesto que gran parte de los problemas que se tiene en la actualidad se debe a éste mal muy arraigado en nuestra sociedad, ésta necesidad de franca lucha contra la corrupción, no debe bajo ninguna circunstancia atentar contra los derechos y garantías, que el mismo Estado está obligado a brindar al particular, ya que es trabajo de él mismo autorregularse en sus determinaciones.

Entonces como un primer punto, se debe tomar en cuenta la razón del inicio de la imprescriptibilidad en el mundo, que desde el año 1979 toma un largo proceso de 14 años hasta llegar a la inclusión de éste instituto jurídico, para luchar contra el injusto de la masacre nazi, que había acabado con la vida de más de 6 millones de personas, cuando el mundo entero se enfrenta con un injusto que no se puede olvidar, como el de éste caso es que se aplica con total justicia la imprescriptibilidad, sin embargo el injusto del daño económico al Estado, que es un injusto eso nadie lo niega, no se asemeja ni remotamente al injusto que dá origen al alargamiento infinito de la perseguibilidad del Estado.

Además de esto, se debe tener en cuenta que nuestra normativa penal se atiene a un sistema de protección, que va en relación a que el delito cometido es directamente proporcional a la pena que lo sanciona, entonces no se explica como un asesinato prescribe en ocho años y un delito contra la economía del Estado no prescribe nunca.

La norma jurídica dicta la prescripción de los delitos, no solamente con el fin de proteger al individuo de la persecución irrestricta del Estado, sino también por realidades prácticas como, la teoría de la prueba, la necesidad de resolución del conflicto, la corrección o enmienda del autor, el debilitamiento de la confianza de la prueba y el enturbiamiento de las huellas del delito, éstas razones de forense penal no deben ser perdidas de vista en el test de proporcionalidad, puesto que hacen a las garantías del individuo.

Más allá de lo expuesto a nivel práctico, es preponderante tomar en cuenta el análisis de los principios procesales que son vulnerados por la puesta en vigencia de la imprescriptibilidad, de forma central el principio de la proporcionalidad, que hace al test de razonabilidad y que en el caso de estudio del presente trabajo, no cumple con el tercer razonamiento, en virtud de que la violación a la norma no es tan gravosa como lo es el castigo de la persecución irrestricta a nivel temporal.

Y para terminar es muy importante saber, a través de los tratados internacionales que la comunidad internacional, no apoya en su inmensa mayoría a la inclusión de la imprescriptibilidad para los delitos que afectan la economía del Estado, puesto que el bien jurídico protegido vida, está muy por encima del bien jurídico protegido, economía del Estado y habiendo firmado nuestro Estado tratados y convenios que van en ése sentido, se los debería respetar.

Así queda que el Tribunal Constitucional, se pronuncie atemperando la norma expresada en el Código de procedimiento penal, en función a todo lo expuesto.

BIBLIOGRAFIA

1970, L. N. (25 de MARZO de 1999). CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. La Paz, Bolivia: U.P.S.

Abaladejo, M. (2002). *Derecho Civil I*. Barcelona: Bosch.

Americanos, O. d. (1996). *Convención Interamericana contra la Corrupción*.
Caracas: www.oas.org.

Bacigalupo, E. (2005). *Derecho Penal y Estado de Derecho*. Santiago: Jurídica de Chile.

Bolivia, E. P. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional*.

Camacho, G. M. (2003). *Derecho Penal Mexicano*. México: Porrúa.

Castellanos, F. (2003). *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. México: Porrúa.

Cifuentes, S. (1999). *Elementos de derecho civil*. Buenos Aires: Astrea.

CIVIL, C. (s.f.).

Hormazabal, J. J. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Valladolid: Trotta.

Humanos, C. I. (2011). *El principio de proporcionalidad como pretección contra la arbitrariedad*. Bogotá - Colombia: International law.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Ediciones Jurídicas.

- Maggiore, G. (2000). *Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Bibliografía Argentina.
- Mom, J. M. (1996). *La acción civil reparatoria y el proceso penal*. Abeledo Perrot.
- Montt, M. G. (2001). *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Núñez, R. (1999). *Derecho Penal*. Córdoba: Marcos Lerner.
- Orlando, B. (2011). *Principio de Proporcionalidad*. Lima Perú: Philippe, X.
- Ossorio, M. (2005). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*.
Guatemala: Datascam, S.A.
- Perez, A. C. (2005). *Manual El nuevo sistema procesal penal*. Santiago: Lexis
Nexis.
- Puig, S. M. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de
derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Roxin, C. (1993). *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal*. Madrid: Civitas.
- Sánchez, J. M. (1997). *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Homenaje a
Claus Roxin*. Barcelona: J.M. Bosch.
- Stratenwerth, G. (1991). *Acción y Resultado en Derecho Penal*. Buenos Aires:
Hamurabi.

Vásquez Rossi, J. (1997). *La Defensa Penal*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

Vega, F. G. (1997). *Derecho Penal*. México: Porrúa.

Villamor, F. L. (2007). *Derecho Penal Boliviano*. La Paz - Bolivia: Inspiracion Card.

Villamor, L. F. (2007). *Derecho Penal Boliviano*. La Paz: Impreso en los Talleres Graficos de Inspiracion Cards.

Witker, J. A. (2012). *Metodología de la investigación jurídica*. México D.F: Danka.

www.derechoshumanos.net. (s.f.). *Derechos Humanos*.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora.

Zaffaroni, E. R. (s.f.). *Derecho Penal Parte General* . Sociedad Anonima Editora.

Zea, A. V. (1989). *Derecho Civil*. Bogota - Colombia: Temis.