

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIDAD DE POSTGRADO Y RELACIONES INTERNACIONALES



**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN CIENCIAS PENALES
Y CRIMINOLÓGICAS**

**“INCLUSIÓN DEL PREVARICATO DE HECHO EN EL
CÓDIGO PENAL BOLIVIANO A EFECTOS DE
TUTELAR CON EFICIENCIA LA ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA”**

POSTULANTE: ALAN MAURICIO ZARATE HINOJOSA

TUTOR: DR. GUSTAVO CAMACHO PEREZ

**La Paz – Bolivia
2023**

DEDICATORIA

A mi hija:
Lauren Teresa

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Gustavo Adolfo Camacho Pérez, Profesor, tutor académico, amigo y guía personal desde mi preparación en pregrado, en el ejercicio de la profesión y en la vida.

Al Profesor argentino Matías Bailone, quien le brinda prestigio al presente trabajo con la colaboración que ha brindado al desarrollo del mismo.

RESUMEN ABSTRACT

El presente trabajo de tesis para poder optar al grado de Magister en Ciencias Penales y Criminológicas tiene por objeto plantear la necesidad de incluir dentro del artículo 173 del Código Penal boliviano a la prevaricación judicial de hecho para poder brindar mayor protección a la sana administración de justicia, permitir a las personas un tutela judicial efectiva, cualificar la labor de los jueces y las juezas de Bolivia garantizando de una forma más efectiva su imparcialidad, la responsabilidad en las decisiones que asumen en ejercicio de jurisdicción a nombre del Estado Plurinacional de Bolivia, y evitando así actos delincuenciales impunes al no estar tipificada esta forma de comisión del prevaricato en la legislación boliviana.

Dentro del presente trabajo se podrá advertir un basamento teórico como piedra angular para la investigación conteniendo necesariamente conceptos propios del Derecho Penal Parte General, cuanto del Derecho Parte Especial. Lo primero, necesariamente se realiza un análisis del problema planteado a la luz del Principio de Legalidad de los Delitos y de las Penas: *nullum crimen nulla poena sine lege*, la prohibición de analogía, un repaso histórico al respecto de la figura del prevaricato; lo segundo, comporta un análisis propio del delito específico en cuestión, en su vertiente objetiva y subjetiva. A efectos de poder comprobar la hipótesis planteada se opta por las entrevistas a personas vinculadas a la Academia, Profesores de Derecho Penal, fiscales de materia, jueces y ex jueces para poder conocer de su opinión al requerir para este efecto que cuenten con un conocimiento especializado, cuyos resultados arrojan el poder concluir que esta figura delictual no se encuentra prevista como delito en el ordenamiento jurídico boliviano y que es necesario incluirlo en la lucha contra la impunidad, y que esta inclusión permitirá cualificar la administración de justicia. Se identifica un caso en concreto resuelto en el Órgano Judicial boliviano, que permite

concluir que el problema planteado no es un mero planteamiento teórico, sino que responde a una realidad, realidad impune para sus responsables al no estar prevista esta figura penal. Dentro del presente trabajo académico se analiza la legislación de otros países a decir: Argentina, España, Perú, Costa Rica, y Colombia. A lo que se puede advertir que en alguna de ellas esta forma de prevaricación se encuentra ya prevista, con sus respectivas particularidades. Se presenta en esta investigación un proyecto de ley a efectos de incluir dentro del artículo 173 del Código Penal boliviano esta forma de prevaricación judicial y fiscal para ser analizado por los asambleístas de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Por último, se arriba a conclusiones y recomendaciones posterior al análisis de todo lo desarrollado y expuesto.

**“INCLUSIÓN DEL PREVARICATO DE HECHO EN EL CÓDIGO PENAL
BOLIVIANO A EFECTOS DE TUTELAR CON EFICIENCIA LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”**

ÍNDICE

	Pag.
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS.....	ii
RESUMEN ABSTRACT	iii
ÍNDICE	v
CAPÍTULO I.....	1
DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.2. JUSTIFICACIÓN.....	1
1.3. DELIMITACIONES.....	5
1.3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	5
1.3.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL	5
1.3.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL	6
1.4. OBJETIVOS.....	6
1.4.1. OBJETIVO GENERAL.....	6
1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	6
1.5. HIPÓTESIS.....	7
1.5.1. ANÁLISIS Y OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	7
1.6. DISEÑO METODOLÓGICO.....	8
1.6.1. TIPO DE ESTUDIO	8
1.6.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	9
1.7. TÉCNICAS DE RECOJO DE INFORMACIÓN.....	10
CAPÍTULO II.....	11
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	11
2.1. PREVARICATO, CONCEPTO Y RESEÑA HISTÓRICA.....	11
2.1.1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DELITO DE PREVARICATO.	14

2.1.2. CLASIFICACIÓN DEL PREVARICATO	23
2.1.3. PREVARICATO DE HECHO.....	27
2.2. EL PREVARICATO Y SU RELACIONAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	33
2.2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	33
2.2.2. LEY NO. 025 LEY DEL ÓRGANO JUDICIAL.....	36
2.2.3. LEY No. 260. LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO	39
2.3. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL	40
2.4. MARCO JURIDICO INTERNACIONAL SOBRE EL PREVARICATO .	46
2.5. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE PREVARICATO EN BOLIVIA.....	48
2.5.1. CÓDIGO PENAL SANTA CRUZ (1834) DE 6 DE NOVIEMBRE	48
2.5.2. DECRETO LEY N° 10772 DE 16 DE MARZO DE 1973	50
2.5.3. LEY N° 1768 DEL 10 DE MARZO DE 1997	50
2.5.4. LEY No. 004 DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS “MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ”	51
2.5.5. LEY No. 548 CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE	52
2.6. ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS.....	53
2.6.1. LEY N° 1390 DE FORTALECIMIENTO PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE 27 DE AGOSTO DE 2021	53
2.6.2. LEY N° 1443 DE 04 DE JULIO DE 2022 DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE FEMINICIDIO, INFANTICIDIO Y VIOLACIÓN DE INFANTE, NIÑA, NIÑO O ADOLESCENTE	55
2.7. LEGISLACIÓN COMPARADA	68
2.7.1. ARGENTINA	69
2.7.2. ESPAÑA.....	73
2.7.3. PERÚ	76
2.7.4. COSTA RICA	79

2.7.5. COLOMBIA	81
CAPÍTULO III.....	84
FUNDAMENTACIÓN PRÁCTICA	84
3.1. ESTUDIO Y ANÁLISIS DE CASO	84
3.1.1 PRESENTACIÓN DEL CASO	85
3.1.2. ANÁLISIS DEL CASO PRESENTADO.....	96
3.2. ENTREVISTAS	102
CAPÍTULO IV	107
MARCO PROPOSITIVO.....	107
4.1. ANTEPROYECTO DE LEY CONTRA LA PREVARICACIÓN JUDICIAL Y FISCAL.....	107
CAPÍTULO V	120
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	120
BIBLIOGRAFÍA	126
ANEXOS	128

CAPÍTULO I

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

“INCLUSIÓN DEL PREVARICATO DE HECHO EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO A EFECTOS DE TUTELAR CON EFICIENCIA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Es necesario incluir dentro del artículo 173 del Código Penal boliviano, el prevaricato de hecho para brindar mayor protección a la administración de justicia?

1.2. JUSTIFICACIÓN

En la legislación penal boliviana, en relación al tipo penal referido a la prevaricación judicial, el legislador boliviano únicamente ha previsto como forma de comisión de este delito, el prevaricato de derecho, entendido como el obrar del Juez que dicta una resolución manifiestamente contraria a la Ley. Sin embargo, la tutela que se pretende dar a la administración de justicia, como bien jurídico tutelado, a través de la configuración del delito de prevaricato, resulta insuficiente al no haber previsto como forma de comisión de este delito, al prevaricato de hecho del juez.

De tal forma, surge una evidente problemática. El juez dicta una resolución conforme a Ley, sin embargo, ha tergiversado los hechos, ha introducido hechos falsos, ha basado su fundamentación en hechos inexistentes o en pruebas falsas. ¿Es esta conducta considerada delito en Bolivia conforme a la legislación penal? La respuesta a esta pregunta, en función al principio de legalidad de los delitos y de las penas, que exige que la descripción de la conducta considerada delito esté prevista en la Ley penal de forma clara, precisa, cierta, y de forma taxativa, aparejando a esta conducta un marco penal; y a la consecuencia de la misma que prohíbe la aplicación analógica de la Ley penal, es decir, a un hecho no previsto por ella pero con semejanza, es un no, esta forma de prevaricación judicial no ha sido contemplada como figura delictual en la legislación boliviana.

Este hecho, pese a su evidente y manifiesta lesividad a la sana Administración de Justicia, que puede conllevar a la lesión de otros bienes jurídicos con relevancia constitucional y la afectación de los derechos de la personas imputada o demandada, víctima o demandante, no es considerado delito en Bolivia por la insuficiencia de la redacción del artículo 173 del Código penal boliviano al no prever como forma de comisión del delito de prevaricato, al prevaricato de hecho.

La prevaricación judicial es una figura delictiva tradicional dentro del catálogo de delitos de las leyes penales de diversos países. El saber jurídico penal, además de la legislación de países como la peruana, argentina, han configurado este delito en función al juez que dicta una resolución

manifiestamente contraria a la Ley (prevaricato de derecho), pero para estas legislaciones anteriormente citadas, no se agota ahí la posible forma de comisión del delito de prevaricato, pues también comete este delito el juez que dicta su resolución basándose en hechos inexistentes, a decir, basado en hechos falsos, en prueba falsa, o hechos referidos por las partes procesales pero que el Juez les da otro sentido totalmente distintos a los objetivamente expuestos y contrastados por el elemento probatorio, a esto, se le denomina prevaricato de hecho.

Expuesta esta problemática permite afirmar con certeza que resulta una necesidad imperiosa abordar el estudio del prevaricato de hecho a efectos de proponer su inclusión en el Código penal boliviano.

La ausencia del prevaricato de hecho dentro del catálogo de delitos del Código penal boliviano, implica una ausencia de protección eficiente a la administración de justicia como bien jurídicamente protegido, por una parte. Por otra, la ausencia de protección al ciudadano en general que se encuentra en calidad de demandado o de imputado ante los órganos jurisdiccionales, o para aquél que acude ante los mismos para obtener tutela judicial efectiva en condición de víctimas o demandantes.

El bien jurídicamente protegido, como valor de relevancia constitucional es lo que le da sentido de existencia a todos los delitos. En el caso concreto el bien jurídicamente protegido es la eficiente administración de justicia. En un Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho como lo es Bolivia, nadie puede hacer justicia directa por propia mano, y más bien, el ciudadano

en la situación de sentirse afectado en la vigencia de algún derecho debe necesariamente acudir ante el Estado a efectos de solicitar el resguardo y la tutela a sus derechos.

Porque es el Estado, conforme las teorías contractualistas, en quien se depositó la porción de libertad de todas las personas para que pueda garantizar la pacífica convivencia en sociedad, de tal forma que es el único con la potestad de ejercer jurisdicción, es decir, de administrar justicia. Ahí radica la importancia de reconocer a la administración de justicia como un valor con relevancia constitucional tan significativamente importante que amerite darle tutela penal. Y, por supuesto, resulta plausible que el legislador boliviano proteja este valor a través del reconocimiento de diversas figuras delictivas que busquen protegerlo, por supuesto siempre en observancia de los Principios de Intervención Mínima, Proporcionalidad y Última Ratio.

Pero, en el caso del prevaricato, al no reconocer como forma de comisión de este delito al prevaricato de hecho, se genera desprotección a este valor, dejando impunes las conductas de los administradores de justicia que actúan a nombre del Estado que tergiversan los hechos o enuncian hechos falsos para emitir una resolución en apariencia acorde a ley. Sin lugar a dudas, se genera un detrimento a la sana administración de justicia, concediendo un margen de acción discrecional delictivo impune a las autoridades jurisdiccionales de Bolivia.

Asimismo, no solo se está dejando sin protección efectiva a la sana administración de justicia. No se debe olvidar, que cualquier acción judicial,

sea esta de naturaleza penal, civil, familiar, etc., va dirigida contra personas. Es decir, que al no brindar una protección eficiente a la administración de justicia incluyendo como delito al prevaricato de hecho, principalmente, se deja en estado de indefensión y en situación de vulnerabilidad a aquellas personas contra quienes se dicta una resolución judicial basada en hechos falsos, o utilizando pruebas falsas.

1.3. DELIMITACIONES

1.3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La presente investigación enfocará el análisis teórico de los conocimientos que brinda el Derecho Penal Parte General a efectos del estudio del lineamiento brindado por el principio de legalidad de los delitos y de las penas con relación a la prohibición de aplicación analógica de la Ley penal; sin embargo, aún más importante será el estudio del Derecho Penal Parte Especial en lo que concierne al estudio y análisis de una figura delictiva específica, como es el prevaricato.

1.3.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL

Dentro del ámbito temporal, la presente investigación se encuentra situada entre el 17 de julio de 2014, momento en el cual se promulga la Ley N° 548 que modifica el tenor del prevaricato en el Código Penal boliviano y diciembre de 2015, salvo ulteriores reformas que puedan presentarse antes de la conclusión del presente trabajo de investigación.

1.3.3.DELIMITACIÓN ESPACIAL

En relación al ámbito espacial, la delimitación se encuentra establecida a la ciudad de La Paz, Provincia Murillo, Departamento de La Paz, del Estado Plurinacional de Bolivia; por su importancia geopolítica y las diversas opiniones que se puede recabar de personajes trascendentes en el ámbito jurídico penal. Sin embargo, los alcances de la propuesta regirán a nivel nacional.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1.OBJETIVO GENERAL

Proponer la inclusión del prevaricato de hecho en la redacción del artículo 173 del Código Penal a efectos de tutelar con eficiencia la administración de justicia.

1.4.2.OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar los antecedentes teórico-históricos del delito de prevaricato, así como el marco jurídico objeto del presente trabajo de investigación.
- Desarrollar el trabajo de campo a efectos de demostrar la necesidad de incluir el prevaricato de hecho en la legislación boliviana.
- Comparar la regulación jurídica del prevaricato en Bolivia con la de otros países.
- Diseñar la propuesta de inclusión del prevaricato de hecho en la legislación penal boliviana.

1.5. HIPÓTESIS

“La inclusión del prevaricato de hecho en el artículo 173 del Código Penal brindará una tutela eficiente a la administración de justicia”

1.5.1. ANÁLISIS Y OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE	DEFINICIÓN	INDICADOR	RESULTADO
Prevaricato de hecho	Resolución dictada por el juez fundada en hechos falsos (hechos falsos o prueba falsa).	Criterios de valor de: <ul style="list-style-type: none">- Jueces- Fiscales- Académicos	Necesidad de legislar el prevaricato de hecho en la legislación penal boliviana.
Administración de justicia	Conjunto de los tribunales de todas las jurisdicciones cuya misión consiste en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. I Potestad que tienen	Criterios: <ul style="list-style-type: none">- Jueces- Fiscales- Académicos	Necesidad de legislar el prevaricato de hecho en la legislación penal boliviana.

	los jueces de aplicar las normas jurídicas a los casos particulares. ¹		
--	---	--	--

VARIABLE INDEPENDIENTE

Prevaricato de Hecho

VARIABLE DEPENDIENTE

Administración de justicia

NEXO

Brindará

1.6. DISEÑO METODOLÓGICO

1.6.1. TIPO DE ESTUDIO

La presente investigación tiene por objeto proponer la inclusión del prevaricato de hecho en el artículo 173 del Código Penal a efectos de evitar la impunidad de conductas manifiestamente delictivas por parte de los administradores de justicia que vulneran los derechos no solo de los imputados o demandados sino también conlleva a vulnerar en su caso los derechos de las víctimas o afectados a quienes puede asistirles un derecho subjetivo, por lo cual, este trabajo se constituye en un trabajo descriptivo-

¹ Ossorio, Manuel. 1986. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Montevideo. Editorial Obra Grande.

propositivo, a efectos de incluir en la legislación boliviana el prevaricato de hecho.

1.6.2.MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Método Dogmático o Jurídico

Permite el análisis jurídico de las leyes a ser estudiadas en el presente trabajo de investigación, a decir el Código penal boliviano en lo que concierne al tipo penal previsto en el artículo 173 que tiene por nomen iuris prevaricato.

Método análisis

Resulta necesario optar por este método de investigación toda vez que se debe primero analizar por separado el prevaricato de hecho y el prevaricato de derecho a efectos de sintetizar las conclusiones a efectos de posibilitar las recomendaciones, principalmente su inclusión en la legislación boliviana.

Facilitará establecer conclusiones de forma sintética y sistemática de forma coherente y congruente.

Método análisis y estudio de caso

A efectos de poder establecer la necesidad o no necesidad de incluir el prevaricato de hecho en la legislación boliviana se estudiará un caso en concreto que permita revelar e identificar una realidad judicial no regulada ni sancionada como delictual por el Código penal boliviano.

Método inductivo

Está vinculado al método anterior, pues el análisis de un caso en concreto que revela la realidad boliviana permitirá obtener conclusiones generales, es decir de lo particular a lo general.

1.7. TÉCNICAS DE RECOJO DE INFORMACIÓN

INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA. Por medio de la técnica de la investigación bibliográfica, se podrá examinar el conocimiento contenido en las obras del saber jurídico penal, con el objeto de analizar y sintetizar la información pertinente.

ENTREVISTA. Esta técnica permitirá conocer la opinión, posición, de un sector exclusivo de la población, los mismos necesariamente serán especialistas en Derecho Penal; académicos, profesores de Derecho Penal, administradores de justicia o agentes de persecución penal.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

2.1. PREVARICATO, CONCEPTO Y RESEÑA HISTÓRICA

El delito de prevaricato es un delito especial propio, por lo que requiere una condición especial para la comisión del mismo, es decir, que el sujeto activo sea un Juez, alternativamente según algunas legislaciones también puede ser sujeto activo de este delito, el fiscal. Asimismo, el bien jurídico protegido es la correcta administración de justicia, la que representa un deber y obligación por parte de las autoridades, quienes deben sustentar sus resoluciones dentro del marco de la ley, fundando sus decisiones en los hechos probados por las partes, las pruebas y la norma.

El origen del delito de prevaricato se encuentra en el Derecho Romano, donde se conoció la acción de perduelio frente a la violación de algún deber por parte de los Magistrados, asimismo se tiene también como antecedente a la Lex Cornelio en la cual se introdujo el castigo a los pretores que se apartaban de la correcta aplicación de las leyes.

El prevaricato se encontraba también en el Digesto, el Fuero Real y las Partidas. Sin embargo, es necesario señalar que no era un delito únicamente de los Magistrados, sino también se lo aplicaba a la infidelidad de los defensores denominada prevaricación abogadil.

Prevaricación, palabra derivada de *prae* y *varus*, significa huesos de las piernas torcidas. Supone la acción y efecto del verbo *prevaricare*, que en latín quiere decir desviare del camino recto.

Genéricamente es un término con el que se designa al conjunto de infracciones calificadas como crímenes cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

La llamada *acción de perduelio* o alta traición se daba para sancionar al magistrado por cualquier acto de transgresión de un deber público en el ejercicio de su cargo. Los magistrados titulares del Imperio eran llamados cónsules, sin embargo, para la acción de *perduelio* eran considerados como magistrados también gobernantes con poder supremo, estos últimos fuera del Imperio, y que eran juzgados por las asambleas romanas. Por otro lado, mediante la *acción* o *Lex Cornelia*, la cual debe su nombre al cónsul Lucio Cornelio Sila Félix, se castigaba a los pretores, que eran los colaboradores menores de los cónsules, cuando estos se apartaban de la correcta aplicación de las leyes.

En la época del Imperio Romano, Justiniano I, encargó a un grupo de jurisconsultos la compilación y redacción del Derecho Romano dando paso así al *Corpus Juris Civiles*, base de legislaciones de la modernidad, compuesta por el *Cotex Iustinianus*, el *Digesto* o *Pandectas*, las *Institutas* y las *Novellae*. En el *Digesto* se encuentra la base de lo que en la actualidad se conoce como el delito de prevaricato. Con este concepto se castigaba la prevaricación sancionando al acusador injusto, como al abogado que

traicionaba a su cliente para colaborar con la otra parte, el mismo que era sancionado en un juicio extraordinario, debiendo devolver el dinero que hubiera recibido por la corrupción.

El Digesto de Justiniano, Lib.XLVII.tit15, dice:

“Ley 1: Prevaricador es como si se dijera que “varica” (es decir que anda con las piernas separadas) y ayuda así a la parte contraria traicionando a la que en él confía; Labeón dice que este término se deriva del hecho de “varicar” en la contienda, pues el que prevarica está en un lado y otro, incluso más del otro. Propiamente, se llama prevaricador al acusador en un juicio público, pues de un abogado no se dice con propiedad que es prevaricador. Entonces, ¿qué hacer con un abogado así? Si ha prevaricado, es decir, si ha traicionado a su cliente en un juicio tanto privado como público, el tal suele ser castigado en juicio extraordinario”.²

En latín:

Ley 1: Praevaricator est quasi varicator, qui diversam partem adjuvat prodita causa sua. Quod nomen Labeo a varia certatione tractum ait. Nam qui praevaricatur, ex utraque parte constitit, quinimo ex altera. Is autem praevaricatur proprie dicitur qui publico iudicio accusaverit, caeterum advocatus non proprie praevaricatur dicitur. Quid ergo de eo fiet, sive privato iudicio, sive publico praevaricatus sit, hoc est, prodiderit causam? Hic extra ordinem solet puniri.

² Ferrer Barquero, Ramón. 2003. *El Castigo del Juez Injusto: Un Estudio de Derecho Comparado*. Miami, Florida. Centro Para la Administración de Justicia. Universidad Internacional de la Florida.

En esta época se castigaba tanto al cónsul o pretor, por vulnerar la ley o traicionar al Imperio, mediante la acción de *perduelio* y *Lex Cornelia*, como al abogado que había traicionado a su cliente para colaborar con la otra parte en la contienda, el cual era juzgado por el mismo tribunal que había participado en el proceso en el cual prevaricó, realizando una audiencia extraordinaria en la que se declaraba nulo lo resuelto y se ordenaba al abogado devolver el dinero o especies recibidos.

2.1.1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DELITO DE PREVARICATO

El Diccionario de la Lengua Española establece al respecto de la prevaricación: “Delito consistente en que una autoridad, un juez o un funcionario dicte a sabiendas una resolución injusta”.³

Guillermo Cabanellas al respecto del delito de prevaricato sostiene: “Prevaricación o Prevaricato. Incumplimiento malicioso o por ignorancia inexcusable de las funciones públicas que se desempeñan. Injusticia dolosa o culposa cometida por un juez o magistrado. Quebrantamiento de los deberes profesionales por cualquier otro empleado o funcionario público”.⁴

Mauricio Fuentelsaz, describe al delito de prevaricato de la siguiente forma: “Incumplimiento malicioso o por ignorancia inexcusable de las funciones públicas que se desempeñan. Injusticia dolosa o culposa cometida por un juez o magistrado. Quebrantamiento de los deberes profesionales por

³ Diccionario de la Lengua Española. 2014. Real Academia Española 300 años. Lima. Espasa Libros.

⁴ Cabanellas, Guillermo. 1989. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI*. Bueno Aires. Editorial Heliasta.

cualquier empleado o funcionario público. En algunos códigos, como el penal argentino, este delito tiene una significación concreta, puesto que está referida únicamente a la administración de justicia.

En una acepción amplia del vocablo, prevaricar significa el delinquir de los funcionarios públicos, cuando dictan o proponen a sabiendas o por ignorancia inexcusable, una resolución de manifiesta injusticia; y en su consecuencia, prevaricato sería la acción de cualquier funcionario que falte a los deberes de su cargo. Por extensión, en un sentido todavía más amplio, la palabra puede utilizarse para tildar a cualquiera que, aunque no fuera funcionario público, comete alguna falta en el ejercicio de sus deberes. Con un significado más restringido, la voz se reserva para el funcionario judicial o abogado que falte a los deberes de su función o profesión”.⁵

El extinto Profesor boliviano, Fernando Villamor Lucía, al respecto de este delito en su obra *Derecho Penal Boliviano* sostiene: “La palabra prevaricación deriva de prae y varus: huesos de las piernas torcidas. Prevaricato, deriva del verbo prevaricare, desviarse del camino recto. El delito de prevaricación posiblemente sea uno de los que posee orígenes más remotos, casi tanto como los de la propia actividad social. El Derecho Romano conoció ya la acción de perduelio frente a la violación del deber del magistrado y en la aplicación de las leyes. La prevaricación, está igualmente presente en el Digesto, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas. Se trata de un delito de funcionarios en ejercicio de su cargo y, por tanto, prima facie,

⁵ Fuentelsaz Oviedo, Mauricio. 2007. *Código Penal*. Cochabamba. Editorial Kipus.

se encuadra entre las conductas cometidas desde el Estado y concretamente por la clase de funcionarios que desempeñan una de las funciones, monopólicamente ejercidas, más características: la aplicación de la ley en la resolución de conflictos.

El hecho se consuma en el momento que el juez dicta resolución ya sea verbal o escrita, manifiestamente contraria a la ley. Es decir que la resolución debe disponer algo contrario a lo que la ley invocada permite disponer. Cuando el tipo penal menciona la ley, se refiere a la lesión de tanto leyes materiales como procesales, decretos supremos, ordenanzas municipales. Puede consumarse el delito de prevaricato cuando la resolución está fundamentada en hechos inexistentes o falsos”.⁶

Carlos Creus, en su obra *Derecho Penal Parte Especial* se refiere de una forma más precisa a lo que se denomina prevaricato de hecho: “La otra circunstancia que puede convertir en prevaricadora a una resolución es la de fundamentarla en hechos o resoluciones falsas, es decir, cuando los hechos o las resoluciones falsas se invoquen como argumentos decisivos de la solución que el juez da a la cuestión juzgada; la decisión tiene que apoyarse, total o parcialmente, en la invocación de esos hechos o resoluciones. La falsedad, tanto puede consistir en que sean hechos o resoluciones que no existieron, como en la atribución a los que existen o existieron de significaciones que no tienen. El hecho es falso cuando el juez sabe que no

⁶ Villamor Lucía, Fernando. 2007. *Derecho Penal Boliviano Parte Especial Tomo II*. La Paz. Impreso en Inspiración Cards.

existió o no existe, o existió, pero no tal como él lo presenta en la fundamentación. Las resoluciones falsas no son las citas jurisprudenciales que se invocan en apoyo de las interpretaciones de la ley (por más falsas que sean no quedan comprendidas en el tipo), sino las que se invocan como fundamento de la decisión por la influencia que, en su calidad de juzgamiento precedente, puedan tener respecto del que pronuncia actualmente el juez (p.ej., afirmar que una excepción ha sido rechazada cuando en realidad no fue resuelta, o que sobre una cuestión existe cosa juzgada cuando no hay sentencia alguna sobre ella)".⁷

Respecto al elemento subjetivo del tipo, sostiene: "Siendo el prevaricato una falsedad, como toda falsedad, tiene que conformarse con un contenido subjetivo muy determinado solo incurre en falsedad el que sabe que invoca algo falso; lo cual importa reconocer en el tipo - aunque la ley no lo contenga expresamente - un verdadero elemento subjetivo cognoscitivo: el juez tiene que saber que resuelve contra lo que dispone la ley que invoca como fundamento de su fallo o que los hechos o las resoluciones fundamentadoras no existieron o no existieron con el significado que él les otorga; en el prevaricato, pues, a la contradicción objetiva entre lo declarado y lo que se debió declarar, debe sumarse la contradicción entre lo declarado y lo conocido".⁸

⁷ Creus, Carlos. 1990. *Derecho Penal Parte Especial Tomo 2*. Buenos Aires. Editorial Astrea.

⁸ Ibidem

En el marco de lo descrito anteriormente prevaricar es aplicar torcidamente el derecho, una arbitrariedad judicial.

El significado gramatical del término prevaricar, como la agrupación de todas las palabras que lo componen, presume la base de la ilegalidad en llevar a cabo la infracción en ejercicio del cargo o el deber en un sentido subjetivo. En tal sentido se correlaciona el vínculo jurídico que existe entre el Estado y las personas que los representa.

La esencia de la antijuridicidad en el delito de prevaricato, está resumida en la violación por parte del juez, de un hipotético deber, asumido frente al Estado, de juzgar conforme a Derecho y de dictar resoluciones justas.

Adicionando de forma tácita y contundente señala que cuando el juez dicta una resolución injusta, éste no lesiona la administración de justicia, sino que en este caso más bien no tiene lugar una verdadera administración de justicia.

El fundamento del prevaricato cometido por una autoridad judicial se encuentra en la infracción de un deber específico (administrar justicia), concebido en un sentido objetivo institucional, en relación con el desempeño de la función de realización del derecho, la que se efectúa en servicio de la ciudadanía.

La administración de justicia representa, una institución configurada constitucionalmente, de la que depende la propia existencia del Estado de Derecho, siendo el Poder Judicial, Órgano en el caso de Bolivia, uno de los cimientos del Estado Democrático.

En ese entendido Ferreira Delgado señala por prevaricación, a su vez, se entiende “delinquir los funcionarios cuando, a sabiendas o por ignorancia inexcusable, dictan o profieren resolución de manifiesta injusticia”.⁹

En consecuencia, lo que se ha querido expresar al calificar una acción con el nombre de prevaricato, es que una persona que realiza un determinado acto, lo ejecuta no de forma correcta, sino al contrario se desvía de la línea recta y marcha de manera torcida.

El prevaricato es por tanto una infidelidad que atenta contra la administración pública, específicamente, contra la administración de justicia ya que el delito es cometido por medio de la actuación infiel de los integrantes de órganos jurisdiccionales en el ejercicio pleno de sus funciones.

El ilícito radica en el abuso de la posición que el Estado les otorga a esas personas como administradores de justicia, con evidente desapego de sus deberes.

Es importante destacar que este tipo penal no protege la Administración de Justicia como Órgano proveniente de la división de poderes, sino a la administración relacionada con la función que cumple una persona sea esta Juez, Arbitro, Amigable componedor u otra persona que desempeñe una función análoga.

El servicio (justicia) se lesiona cuando la jueza o el juez dictan en el ejercicio de sus funciones resoluciones contrarias a la ley, generando desigualdades

⁹ Ferreira Delgado, Francisco. 1985. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá. Editorial Temis Librería.

entre los sujetos procesales, violentando incluso el principio fundamental de justicia, en ese sentido a través de este tipo penal se tutela la legalidad y la imparcialidad de toda autoridad jurisdiccional, principios establecidos en la Constitución Política del Estado.

De esta manera, la prevaricación tiene una indiscutible consecuencia en la sociedad, porque supone la negación del Derecho mismo, generando una inseguridad a la sociedad.

De lo manifestado anteriormente, se establecen dos conclusiones fundamentales: el delito de prevaricato prevé y sanciona al funcionario judicial que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos (no en el caso boliviano respecto a esto último) pero a la vez, en la aplicación e interpretación de la norma jurídica y los vacíos jurídicos o indeterminismos en la ley, obligan a la autoridad judicial que la misma interprete la ley en procura de una correcta aplicación del derecho.

“Para resolver situaciones de este tipo hay quien opina que el juez no sólo debe estar vinculado a la ley, sino también al Derecho. Pero con esto surge un problema difícil de resolver: cuando la “ley” es el objeto de vinculación del juez, ésta puede ser controlada de algún modo; pero cuando el objeto de esa vinculación es el “Derecho”, el control de la misma se difumina y se pierden los precisos contornos que ofrece la legalidad vigente en cada momento histórico. ¿A qué “Derecho” está vinculado el juez? ¿Al Derecho natural, esotérico e inaprehensible, que invocan las más diversas teorías e ideologías jurídicas?, ¿a la jurisprudencia?, ¿a la doctrina científica? Pero sea cual sea

el objeto de vinculación del juez, la ley o el Derecho, el juez está también vinculado a la realidad implacable de los hechos a los que la ley tiene que ser aplicada. Si, por ej., el juez deja de valorar unos hechos o da como probados unos hechos en contra de toda lógica científica puede cometer igualmente prevaricación; es más, es probable que sea en esta fase donde más frecuentemente se pueda cometer delito, dado que la valoración de los hechos admite muchas veces, paradójicamente, más subjetivismo que la propia interpretación de las normas”.¹⁰

Algunas legislaciones han previsto a su vez no solo la comisión dolosa del delito de prevaricato sino también la forma culposa o imprudente, Muñoz Conde al respecto sostiene: “En realidad, como en todo delito que se comete por imprudencia, lo decisivo es la omisión de un deber de cuidado que personalmente incumbe a un sujeto. Es decir, que una ignorancia o negligencia será inexcusable cuando falta aquella diligencia mínima que es exigible a cualquiera que desempeñe funciones judiciales, teniendo en cuenta también los conocimientos especiales que cabe vincular al juez en función del asunto del que se trate. La imprudencia debe ser grave, entendiéndose también como tal la ignorancia inexcusable, es decir, aquella que con un mínimo de diligencia e interés por parte del juez hubiera podido ser vencida (consultando la jurisprudencia y los textos legales, los conocimientos básicos de la materia que vienen en cualquier Manual y se supone debe conocer cualquier jurista o, en algunos casos, según el nivel del

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco. 2007. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.

juez de que se trate, los conocimientos especiales que deba tener sobre la materia)".¹¹

El Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia a través de Sentencia de Sala Plena signada S/N/2010, antes de las últimas reformas que se han hecho al delito hoy objeto de estudio, ha emitido entendimiento al respecto del delito de prevaricato coincidiendo también con la doctrina legal aplicable de España y Costa Rica, que permite identificar los contornos del delito de prevaricato, las precisiones necesarias de lo que debe entenderse como tal, porque en definitiva debe excluirse de este delito la falibilidad humana.

“Por lo tanto, en el análisis de la responsabilidad penal que se realice para establecer si un juez ha cometido el delito de prevaricato, deberá determinarse si la aplicación de la ley no es sostenible en ningún método jurídico de interpretación. Así el Tribunal Supremo Español señala que el tipo objetivo del delito de prevaricación se da “cuando el juez toma decisiones que no pueden ser derivadas de la ley por ninguno de los métodos de interpretación de la misma admitidos en la práctica judicial”.

Sobre la misma base la Sala Penal Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica ha señalado que: “Para el efecto sin embargo debe considerarse que la hermenéutica jurídica y los indeterminismos del lenguaje plasmados en la ley, no solo autorizan sino que obligan al juez, a interpretar la ley en procura de una correcta aplicación del derecho, por lo que debe tenerse presente siempre que no es el yerro sino el abuso del derecho lo que se tipifica como

¹¹ Ibidem.

delito, pues desde *errare humanum est* y por ello, no podría el ordenamiento jurídico por una parte exigir del intérprete precisamente que dé sentido a la ley y por otra castigarle por haberlo hecho”.

En consecuencia, puede concluirse que en el tipo penal del prevaricato el elemento objetivo se produce cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que puede ser jurídicamente defendibles. En otros términos, asumiendo lo sostenido respecto a la interpretación, el abandono de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando la aplicación del Derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del Derecho aceptable en tal Estado de Derecho”.¹²

2.1.2. CLASIFICACIÓN DEL PREVARICATO

Según Leónidas Montes en su obra “De la Prevaricación de Abogados y Procuradores” el delito de prevaricato tiene dos clasificaciones: propias e impropias.

PREVARICACIÓN IMPROPIA

“Es la trasgresión de la ley que cometen los particulares no ligados al Estado por un vínculo público, como ser el abogado o procurador; o los funcionarios o personas ligadas al Estado por vínculo público, pero fuera del desempeño de sus funciones públicas”.¹³

PREVARICACIÓN PROPIA

¹² Sentencia de Sala Plena S/N/2010 del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia.

¹³ Montes Olavarrieta, Leónidas. 1963. *De la Prevaricación de Abogados y Procuradores*. Santiago. Editorial del Pacífico.

“Es la trasgresión de la ley cometida por los funcionarios públicos u otros elementos ligados al Estado por un vínculo público durante el desempeño de sus funciones”.¹⁴

En este concepto a diferencia del anterior, se puede ver claramente que muestra un enfoque hacia los servidores públicos, quienes desempeñan funciones en el Estado.

La prevaricación propia a su vez tendría una subclasificación, la prevaricación ejecutiva, entendida como la cometida por funcionarios que pertenecen a la rama de la administración pública. Y la estrictamente judicial, cometida por funcionarios en funciones jurisdiccionales miembros del Poder Judicial.

El prevaricato tiene como una de sus características principales: la inmediatez, esto vendría a ser mencionado como un delito instantáneo pues su consumación es de tracto sucesivo: acción-resultado sucedidos de manera inmediata en tiempo y espacio, “son aquellos que, con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. Los delitos permanentes, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto. Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo

¹⁴ Ibidem.

de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito. Sin embargo, la doctrina también considera dentro de esta clasificación a los delitos instantáneos con efectos permanentes, que son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo”.¹⁵

Existen dos formas de la comisión de este delito, que responden respectivamente a las modalidades del llamado prevaricato de Derecho (mismo que está previsto y sancionado en la norma boliviana para el juez) y el prevaricato de hecho (existe un vacío legal en la normativa boliviana sobre esta figura para el juez). En ambos supuestos la acción propiamente dicha consiste en dictar resoluciones, en el primer caso son contrarias a la Ley expresa invocada; y en el otro se funda en hechos falsos o pruebas falsas.

En la legislación boliviana se consume el prevaricato al momento de dictar una resolución o una sentencia, es decir toda resolución judicial en la que se decida sobre una cuestión sometida a juicio es susceptible de prevaricato; el caso de árbitros o amigables componedores ha sido excluido del ámbito del prevaricato por las últimas reformas.

¹⁵ Sentencia Constitucional 1709/2004 de 22 de octubre de 2004, emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

El prevaricato es un delito instantáneo que se consuma en el momento de dictarse la resolución, con independencia de que la resolución dictada sea susceptible de recurso. La revocatoria de un tribunal de apelación nada significa para la configuración de este hecho delictivo, porque la contradicción a la norma no es susceptible de convalidación por parte del tribunal de apelación. Sin embargo, es posible mencionar el tratamiento del juez constitucional en Bolivia que resuelve una acción constitucional, como una salvedad con relación estricta a la posibilidad del procesamiento, pues, no es posible procesar al juez hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional revise la decisión: “ninguna autoridad ni el Ministerio Público y menos la Policía Nacional, están facultados para calificar de correcta o incorrecta la conducta de un juez o tribunal de garantías, a quienes les está reservada la facultad privativa de compulsar y valorar las pruebas aportadas en los recursos que son de su conocimiento sobre las cuales fundará su decisión con absoluta independencia judicial; con mayor razón, si se tiene en cuenta que la actuación de los tribunales de garantías, debe ser revisada obligatoriamente por el Tribunal Constitucional; por tanto, cualquier actitud de amedrentamiento o amenaza que se asuma contra los órganos de control constitucional y de garantías por parte de terceras personas o autoridades resulta inadmisibles e impertinente. Por tanto, ningún juez o tribunal de garantías puede ser sometido directamente a una acción penal por las resoluciones que emita dentro de acciones tutelares, sin que previamente el Tribunal Constitucional proceda a revisar el fallo de origen y sin que existan

elementos de convicción sobre su actuación dolosa o culposa, recordando que los jueces o tribunales de garantías están sometidos sólo a la Constitución Política del Estado y a las leyes”.¹⁶

Con relación al elemento subjetivo del dolo, Fontán Balestra sostiene: “Respecto al aspecto subjetivo de esta figura, el prevaricato es un delito doloso, ese dolo está constituido no solamente por el conocimiento que tiene el juzgador de los hechos sometidos a su decisión; sino también, por sus propios conocimientos y la voluntad de obrar en contra de la ley”.¹⁷

Precisa que la falibilidad humana, no ingresa dentro del ámbito del prevaricato: “es necesario realizar una diferencia entre el error o la negligencia y el dolo, hay en el prevaricato una serie de matices intermedios, el primero de esos matices está dado por la interpretación que el juez debe hacer de la ley para aplicarla al caso concreto. Todo aquello que caiga dentro de los límites de la interpretación está fuera de la figura del prevaricato, el delito se comete cuando el juez sabe que resuelve en contra de la ley”.¹⁸

2.1.3. PREVARICATO DE HECHO

El Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia a través de su Sala Penal ha pronunciado el Auto Supremo N° 325/2019-RRC de 08 de mayo de 2019, en la misma, de manera incontrovertible, ha reconocido que lo que se denomina a efectos del presente trabajo como prevaricato de hecho, no se encuentra previsto en el Código Penal boliviano, esto se advierte cuando en la doctrina

¹⁶ Sentencia Constitucional 0645/2007-R de 25 de Julio de 2007. Tribunal Constitucional de Bolivia.

¹⁷ Fontan Balestra, Carlos. 1985. *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.

¹⁸ Ibidem

legal aplicable sentada por el Auto Supremo anteriormente referido, a tiempo de realizar un análisis respecto a los elementos objetivos del tipo penal del delito de prevaricato, establece que los hechos falsos como elemento constitutivo de este delito no ha sido contemplado por el legislador boliviano: “Como elementos objetivos del delito de prevaricato, se tiene el dictado de resoluciones en el ejercicio de la función judicial, de árbitros o amigables componedores o funciones análogas de decisión o resolución, manifiestamente contrarias a la ley, lo que significa que el sujeto activo es especial, porque el hecho sólo puede ser cometido por un funcionario judicial o quienes desarrollan las funciones descritas en el tercer párrafo de la citada norma sustantiva; y si bien en cuanto a los tipos de prevaricato, la doctrina reconoce “el prevaricato de derecho” y el “prevaricato de hechos”, siendo que en el primer caso, el sujeto activo del delito dicta la resolución contraria al texto expreso y claro de la ley o se apoya en leyes supuestas o derogadas, y en el segundo caso debe entenderse que invoca hechos falsos cuando ellos no existen exactamente, cuando no aparecen contando en los autos que resuelve, debe enfatizarse que en el caso de Bolivia sólo se adopta normativamente el primer supuesto”.¹⁹

En ese entendido y conforme lo desglosado anteriormente se establece que en la doctrina son dos formas de la comisión del delito de prevaricato, que responden respectivamente a las modalidades del denominado prevaricato de derecho y prevaricato de hecho, en ambos supuestos la acción consiste

¹⁹ Auto Supremo N° 325/2019-RRC del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia.

en dictar resoluciones principalmente judiciales; en el primer caso las resoluciones son contrarias a la ley expresa invocada por la autoridad; y en la segunda la resolución dictada se apoya en hechos falsos o pruebas falsas. Respecto al prevaricato de hecho, la invocación del hecho falso debe ser base y sustento de una resolución, es decir, en ejercicio de la función específica de administrar justicia.

En la consumación del delito de prevaricato de hecho debe mediar una relación entre el hecho o resolución falsa dictada por la autoridad en la resolución y el modo de decidirse el asunto sometido a conocimiento del juzgador.

“La segunda modalidad del prevaricato es la de hecho, consistente en citar hechos o resoluciones falsas, tales hechos o resoluciones han de haber sido invocados por el magistrado para fundar la resolución falsa citada y el modo de decidirse al asunto sometido a conocimiento del juez”.²⁰

Por lo que el prevaricato de hecho consiste en el hecho de que la resolución esté apoyada en hechos falsos. No basta citar falsamente; es preciso que la cita sirva para fundar la resolución que se dicta.

“En el prevaricato de hecho la característica radica en que el juzgador invoca hechos falsos, cuando ellos no existen o más específicamente, cuando los hechos en los que funda su resolución no aparecen en los autos o antecedentes que resuelve. No tienen tal carácter aquellas circunstancias que el juez puede considerar probadas o no, de acuerdo con la facultad que

²⁰ Fontan Balestra, Carlos. 1985. *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.

le dan las leyes. Falso es invocar un secuestro que no se ha hecho, declarar que un recurso ha sido interpuesto fuera de término, cuando lo fue en tiempo y cosas semejantes.

Las resoluciones falsas a que también hace referencia la ley, han de tener vinculación con la causa y con lo que en ella se decida. No es forzoso que tales resoluciones se supongan dictadas en el mismo juicio en que se invocan; pueden haberlo sido en otro, si tiene consecuencias para el que resuelve. Así sucedería, por ejemplo, si se invocara el pago fuera de término en juicio civil o comercial para decidir la existencia de una retención indebida. Lo que importa es la conciencia de la falsedad. Las citas jurisprudenciales quedan fuera”.²¹

Alonso Salazar, cita doctrinal legal aplicable emitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica al respecto de la decisión judicial apoyada en hechos falsos constitutiva del delito de prevaricato: “El delito de prevaricato exigiría que en la presente resolución existiera una absoluta oposición y contrariedad entre lo que se resuelve y lo que la ley declara, o bien que la resolución se fundamentara sobre hechos falsos, como serían aquellos que no existen o no aparecen constando en autos”.²²

El legislador boliviano ha previsto el prevaricato como figura delictual contemplada en el catálogo de delitos del Código penal. Conforme lo que se ha advertido no ha previsto de forma taxativa el prevaricato de hecho. El

²¹ Ibidem

²² Salazar, Alonso. 2008. *El Delito de Prevaricato en el Derecho Penal Costarricense*. San José. Revista de Ciencias Jurídicas N° 117 de la Universidad de Costa Rica.

Profesor Villamor Lucia, en su obra *Derecho Penal Boliviano*, como ha quedado apuntado más arriba, a tiempo de explicar el prevaricato contemplado en el Código penal boliviano, incluye en su explicación al prevaricato de hecho, es decir los hechos falsos e inexistentes, sin que esta explicación en su obra tenga coincidencia con la norma boliviana. Esto queda confirmado por el Auto Supremo N° 325/2019-RRC de 08 de mayo de 2019, también citado en el presente trabajo, donde el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia reconoce de manera expresa que, en efecto, el prevaricato de hecho no se encuentra previsto como delito en el Código penal boliviano. Esto posiblemente responde a que si bien, doctrinalmente se conoce la distinción entre el prevaricato de hecho y el prevaricato de derecho, la mayoría de las obras consultadas al respecto explican la figura del prevaricato como la unidad de un todo sin distinguir uno del otro por sus nombres, incluyendo en su explicación lo que se comprende como prevaricato de derecho y prevaricato de hecho como una unidad.

En Bolivia, no es posible en tal virtud perseguir las conductas de los jueces o fiscales que puedan ser constitutivas de prevaricato de hecho, al no estar previsto este delito como tal en el Código penal boliviano.

El Profesor Claus Roxin, identifica como la primera característica del principio de legalidad a la prohibición de analogía: *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. No existe crimen, no existe pena sin ley estricta: “Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal

y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda en varios preceptos (analogía jurídica). Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo está prohibida (...) en la medida en que opere en perjuicio de aquel; pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada legalmente la punibilidad”.²³

Esto quiere decir, que, en caso de presentarse conductas constitutivas de prevaricato de hecho en Bolivia por parte de jueces y fiscales bolivianos, no es posible su persecución, menos sanción, porque si bien está prevista la figura del prevaricato de derecho, por el principio de legalidad de los delitos y de las penas, y la correspondiente prohibición de aplicación analógica de la ley penal, aun de hallarse alguna semejanza entre una figura u otra, no es posible su aplicación, al no haberse descrito en el tipo penal esta figura delictiva de manera estricta.

Bajo esa comprensión, excluyendo al prevaricato de derecho, podría entenderse al prevaricato de hecho como aquella resolución del Juez, o requerimiento conclusivo del fiscal, que es apoyada en sus fundamentos en hechos o pruebas falsas. Los hechos son falsos cuando no existen, es decir no responden ni constan en los antecedentes del proceso en cuestión; o

²³ Roxin, Claus. 2010. *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid. Editorial Civitas.

existiendo los mismos la autoridad los presenta de forma manifiestamente tergiversada. De la misma forma las pruebas resultan falsas, cuando estas no existen, es decir no han sido presentadas por las partes, o existiendo las mismas el juez o fiscal las presenta con un contenido distinto, dígame, falso. La interpretación del juez o fiscal, en principio, quedan excluidos del ámbito del prevaricato de hecho. Sin embargo, cuando la fundamentación de los hechos y las pruebas arrojan e introducen datos falsos y la interpretación se encuentra contrapuesta a toda lógica científica no admitida por ningún método jurídico de interpretación se comete arbitrariedad, adecuando la conducta a esta forma de prevaricación judicial y fiscal.

2.2. EL PREVARICATO Y SU RELACIONAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

2.2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La Constitución Política del Estado boliviana ha establecido lineamientos que debe observar el Órgano Judicial y el Ministerio Público, además de todo funcionario público, institución pública, personas naturales y jurídicas. Por lo cual, el delito de prevaricato, por mandato constitucional debe ser interpretado y analizado desde y conforme a la Constitución Política del Estado. En ese mérito se transcribe por su trascendencia las normas constitucionales vinculadas a la presente investigación.

“Artículo 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

III. La clasificación de los derechos establecido en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

“Artículo 115. I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”.

“Artículo 178. I La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos”.

“Artículo 180. I. La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez”.

“Artículo 225. I. El Ministerio Público defenderá la legalidad y los intereses generales de la sociedad, ejercerá la acción penal pública. El Ministerio Público tiene autonomía funcional, administrativa y financiera.

II. El Ministerio Público ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios de legalidad, oportunidad, objetividad, responsabilidad, autonomía, unidad y jerarquía”.

“Artículo 235. Son obligaciones de las servidoras y los servidores públicos:

1. Cumplir la Constitución y las leyes”.

“Artículo 256. I. 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 éstos prevean normas más favorables”.

“Artículo 410. I. Todas las personas naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
2. Los tratados internacionales.
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”.

2.2.2. LEY NO. 025 LEY DEL ÓRGANO JUDICIAL

La Ley 025 tiene como objeto regular la estructura y funcionamiento del Órgano Judicial, en el mismo están incluidos los deberes y principios a ser observados por cualquier funcionario jurisdiccional, se transcriben los relacionados al objeto del presente estudio.

“Artículo 3. (PRINCIPIOS). Los principios que sustentan el Órgano Judicial son:

3. Imparcialidad. Implica que las autoridades jurisdiccionales se deben a la Constitución, a las leyes y a los asuntos que sean de su conocimiento, se

resolverán sin interferencia de ninguna naturaleza; sin prejuicio, discriminación o trato diferenciado que los separe de su objetividad y sentido de justicia.

4. Seguridad Jurídica. Es la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que las personas conozcan sus derechos, garantías y obligaciones, y tengan certidumbre y previsibilidad de todos los actos de la administración de justicia.

6. Idoneidad. La capacidad y experiencia, son la base para el ejercicio de la función judicial. Su desempeño se rige por los principios ético - morales de la sociedad plural y los valores que sustenta el Estado Plurinacional”.

“Artículo 8. (RESPONSABILIDAD). Todas las autoridades, servidoras y servidores del Órgano Judicial son responsables de sus decisiones y actos”.

“Artículo 15. (APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES). I. El Órgano Judicial sustenta sus actos y decisiones en la Constitución Política del Estado, Leyes y Reglamentos, respetando la jerarquía normativa y distribución de competencias establecidas en la Constitución. En materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria. La ley especial será aplicada con preferencia a la ley general.

II. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, y que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

III. La autoridad jurisdiccional no podrá alegar falta, oscuridad, insuficiencia de la ley o desconocimiento de los derechos humanos y garantías constitucionales para justificar su vulneración”.

“Artículo 30. (PRINCIPIOS). Además de los principios esenciales y generales del Órgano Judicial, la jurisdicción ordinaria se sustenta en los siguientes:

6. LEGALIDAD. Con sujeción a la Constitución Política del Estado, constituye el hecho de que el administrador de justicia, esté sometido a la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas.

8. EFICIENCIA. Comprende la acción y promoción de una administración pronta, con respeto de las reglas y las garantías establecidas por la ley, evitando la demora procesal.

9. ACCESIBILIDAD. Responde a la obligación de la función judicial de facilitar que toda persona, pueblo o nación indígena originaria campesina, ciudadano o comunidad intercultural y afro boliviana, acuda al Órgano Judicial, para que se imparta justicia.

11. VERDAD MATERIAL. Obliga a las autoridades a fundamentar sus resoluciones con la prueba relativa sólo a los hechos y circunstancias, tal como ocurrieron, en estricto cumplimiento de las garantías procesales.

12. DEBIDO PROCESO. Impone que toda persona tenga derecho a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido a disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar; comprende el conjunto de requisitos que debe observar toda servidora o servidor judicial en las instancias procesales,

conforme a la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y la ley.

13. IGUALDAD DE LAS PARTES ANTE EL JUEZ. Propicia que las partes en un proceso, gocen del ejercicio de sus derechos y garantías procesales, sin discriminación o privilegio de una con relación a la otra”.

2.2.3. LEY No. 260. LEY ÓRGANICA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

“Artículo 3. (FINALIDAD). Tiene por finalidad defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad, ejercer la acción penal pública e interponer otras acciones; en el marco establecido por la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, y las leyes. Tiene autonomía funcional, administrativa y financiera”.

“Artículo 5. (PRINCIPIOS). El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones y atribuciones se rige por los siguientes principios:

1. Legalidad. Por el cual perseguirá conductas delictivas y se someterá a lo establecida en la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales vigentes y las leyes. Los actos del Ministerio Público se someten a la Constitución Política del Estado, tratados y convenios internacionales vigentes y las leyes”.

“Artículo 12. (FUNCIONES). El Ministerio Público para el cumplimiento de sus fines tiene las siguientes funciones:

1. Defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad, a través del ejercicio de la acción penal pública en los términos establecidos en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y las leyes”.

El prevaricato de hecho está vinculado de manera transversal a los cuerpos normativos citados ut supra. Pues, la Constitución Política del Estado, la Ley del Órgano Judicial y la Ley Orgánica del Ministerio Público han previsto, conforme se advierte de las normas transcritas, la vinculación del juez y del fiscal con la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la ley, la vinculación del juez y del fiscal a principios de honestidad, legalidad, verdad material, debido proceso, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y otros, que son vulnerados por las conductas de jueces y fiscales constitutivas de prevaricato de hecho, que al no estar legislado, por su lesividad a las personas, a estos deberes y a su vinculación con estos principios, tal como lo han hecho ya otros países, corresponde legislar y tipificar el prevaricato de hecho para proteger, primero, a las personas; luego, a la función judicial o administración de justicia como bien jurídicamente protegido, y garantizar así el respeto de las garantías mínimas fundamentales de las personas en un Estado de Derecho.

2.3. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

El bien jurídico protegido entendido como valor de relevancia constitucional es la Administración de Justicia o Función Judicial, ya que el delito es

cometido en negación de la misma Constitución, Bloque de Constitucionalidad o ley, generando inseguridad jurídica a la sociedad, generando una ruptura en el pacto social. De acuerdo al Código Penal boliviano el bien jurídicamente protegido además es un criterio de clasificación de los diversos delitos previstos en el mismo, encontrándose los mismos agrupados en función al bien jurídico que protegen. En ese entendido, de acuerdo a la sistemática del Código penal boliviano, y a la clasificación de los delitos que se realiza por medio del bien jurídicamente protegido, el artículo 173 que prevé el delito de prevaricato protege a la “Función Judicial” como bien jurídicamente protegido. Esto, toda vez que el Título III de la Parte Especial del Código Penal boliviano aglutina a los delitos contra la función judicial: “En cuanto al sistema, el Código penal boliviano se atiene al criterio del bien jurídico protegido, es decir, el interés jurídicamente tutelado, pero simplemente como criterio rector”.²⁴

Atendiendo a las últimas reformas legislativas actualmente son sujetos activos de este delito: el juez o fiscal. Los árbitros o amigables compondores o quien desempeñare funciones análogas, todos en el ejercicio de sus funciones, han sido excluidos como sujetos activos de este delito.

Según afirma Buompadre: “tratándose de un delito especial propio, en el que la realización del tipo está estrechamente vinculada a la cualidad del autor, y

²⁴ Villamor Lucia, Fernando. 2007. *Derecho Penal Boliviano Parte Especial*. La Paz. Impreso en Inspiración Cards.

de propia mano, porque sólo admite la comisión en forma personal y directa por el autor, no resulta admisible la autoría mediata. Así, sostiene que el particular nunca puede ser autor porque no solamente carece de la condición funcionaria exigida normativamente, sino porque no posee facultades para dictar resoluciones”.²⁵

Ahora bien, es evidente lo afirmado por Buompadre al respecto del delito de prevaricato como un delito especial de propia mano. Sin embargo, corresponde precisar el tratamiento del particular que pueda tener un grado de participación en el delito especial propio de prevaricato. Muñoz Conde y García Arán sostienen un ejemplo: “en los delitos especiales propios (por ejemplo, la prevaricación judicial prevista en el Art. 446) el particular sólo puede responder, en todo caso, como partícipe del delito especial (la amante del juez le induce a dictar una sentencia injusta), pues no existe un delito común que se corresponda con el especial”.²⁶ Esto quiere decir, que el particular puede responder únicamente como cómplice o como instigador en el delito de prevaricato.

El sujeto pasivo directo, es la persona afectada con la resolución constitutiva de prevaricato, el sujeto pasivo indirecto es el Estado.

La conducta prohibida está descrita por el verbo rector: dictar resoluciones. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, dictar en su significado

²⁵ Buompadre, Jorge. 2011. *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.

²⁶ Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. 2004. *Derecho Penal Parte General*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.

pertinente al objeto de estudio significa: Dar, expedir, pronunciar leyes, fallos, preceptos, etc. Pronunciar, refiere a determinar, resolver. En ese entendido la decisión del juez o el fiscal puede ser pronunciada de manera oral o escrita, independientemente de ser un auto interlocutorio, auto de vista, auto supremo, requerimiento conclusivo, etc. La decisión constitutiva de prevaricato, a más de revocarse por un tribunal de apelación no puede ser convalidada, es formal, por lo cual el delito queda consumado con su pronunciamiento. La resolución o requerimiento conclusivo debe ser contrapuesto a la Constitución, bloque de constitucionalidad o la ley, haciendo lo que éstas prohíban o dejando de hacer lo que mandan.

Comete también este delito el fiscal que utilice o incorpore en el proceso a su cargo, medios de prueba o pruebas falsas o ilícitamente obtenidas, sabiendo que lo son.

En relación a, si la resolución que hace mención el tipo implica únicamente una decisión jurisdiccional, esta puede ser de cualquier naturaleza, dígase: civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, etc. Circunstancia distinta con el fiscal quien por las funciones inherentes a su cargo se constituye en el director funcional de las investigaciones estrictamente en el ámbito penal.

Las palabras “manifiestamente contrario” trae algunos inconvenientes prácticos puesto que las leyes están construidas en base a supuestos no problemáticos. Así, cuando el juez o fiscal aplica la norma, tiene el deber de interpretarla y aplicarla. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, “manifiestamente” tiene el siguiente significado lingüístico: *De manera*

manifiesta. Lo “manifiesto” de acuerdo al mismo Diccionario hace referencia a *descubierto, patente, claro*. Esto quiere decir que cuando se habla de lo manifiestamente contrario, quiere decir: lo claramente contrario, lo que es evidente contrario, lo que no generaría duda alguna que es contrario a la norma, que se percibe sin mayor dificultad.

Lo “contrario” comporta en tal virtud disponer lo que la norma prohíbe, o disponer la negación de lo que la norma manda, de tal manera que la decisión sea contraria a la norma invocada, es decir, sea innegablemente contrario a la norma. No pudiendo estar dentro de este ámbito de persecución penal una interpretación de la norma, sino la aplicación negativa de la misma. Hacer lo que la norma manda a no hacer, o, no hacer lo que la norma manda a hacer. Por ejemplo, el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal establece en su parágrafo I numeral 1 que es improcedente la detención preventiva en los delitos de acción penal privada. Si el Juez impone la detención preventiva en un delito de acción penal privada, invocando el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, comportará de manera manifiesta la decisión contraria a la Ley de manera objetiva y manifiesta.

La norma penal ha previsto como circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, si como resultado del prevaricato en proceso penal se condenare a una persona inocente, se le impusiere pena más grave que la justificable o se aplicare ilegítimamente la detención preventiva, se cause daño económico al Estado, o cuando el prevaricato se cometa en un proceso

penal en trámite o en etapa de ejecución de sentencia por delitos de feminicidio, infanticidio y/o violación de infante, niña, niño o adolescente.

Se trata de un delito doloso por lo que necesariamente requiere el conocimiento de la contradicción existente entre lo invocado y lo decidido. No es posible presumir este conocimiento partiendo de la condición de especialista en Derecho del juez o en la máxima *iura novit curia*, a diferencia de otras legislaciones como la española que en su art. 447 acepta la prevaricación judicial por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, no castiga la conducta imprudente. En el caso boliviano no está tipificado el delito de prevaricato culposo, lo que comportaría la comisión de este delito por la inobservancia de un deber objetivo y subjetivo de cuidado que se traduzca en un resultado, concretamente el delito de prevaricato de hecho para el juez, que en el caso en concreto es el objeto de la propuesta de inclusión.

Para poder imputar subjetivamente la conducta al elemento del dolo se requiere el conocimiento y la voluntad. Conocimiento por parte del juez o fiscal de lo dispuesto en la Constitución, Bloque de Constitucionalidad o la ley que mandan a hacer o no hacer determinada conducta concreta; el conocimiento de que la decisión va en contraposición evidente de la norma jurídica en cuestión; y, la voluntad, vinculado al querer, a sabiendas de la contraposición, querer fallar de esta manera. El fiscal debe tener conocimiento de que está utilizando o incorporando prueba falsa, ilícita, o ilícitamente obtenida para configurar la tipicidad de la conducta. Por ello,

existe acuerdo en la doctrina que la resolución no necesita obtener fuerza ejecutoria para ser considerado consumado el delito de prevaricato.

2.4. MARCO JURIDICO INTERNACIONAL SOBRE EL PREVARICATO

La Convención Interamericana Contra La Corrupción sobre el tema señala:

“Artículo VI. Actos de Corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”.

Asimismo, la **Convención De La Naciones Unidas Contra La Corrupción** sobre el delito que analizamos plantea lo siguiente:

“Artículo 11. Medidas relativas al Poder Judicial y al Ministerio Público.

1. Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas

podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.

2. Podrán formularse y aplicarse en el Ministerio Público medidas con idéntico fin las adoptadas conforme al párrafo 1 del presente artículo en los Estados Partes, aunque esa institución no forme parte del poder judicial, pero goce de independencia análoga”.

“Artículo 18° Tráfico de influencias. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte, un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador del acto o de cualquier otra persona.
- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte, un beneficio indebido”.

“Artículo 19° Abuso de Funciones. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean

necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la Ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad”.

2.5. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE PREVARICATO EN BOLIVIA

2.5.1. CÓDIGO PENAL SANTA CRUZ (1834) DE 6 DE NOVIEMBRE

Capítulo I

De los funcionarios públicos: de la prevaricación, de los sobornos, cohechos, y regalos que se hagan a ellos.

“**Artículo 344°.** Comete prevaricación todo funcionario público que en el ejercicio de sus funciones procede contra las leyes, ya haciendo lo que ellas prohíben expresa y terminantemente o dejando de hacer lo que ordenan del mismo modo, por interés personal o por soborno, o por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado. Los prevaricadores perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno público, sin perjuicio de sufrir otras penas que merezcan por otros delitos que cometan en la prevaricación”.

“**Artículo 345°.** Los jueces de derecho o árbitros prevaricadores, serán condenados, además, a oír públicamente la sentencia si hubiesen cometido

la prevaricación en causa civil, y si hubiesen prevaricado en causa criminal a igual tiempo de prisión, y a la misma pena que injustamente hubiesen hecho sufrir a alguna persona. También se impondrán las mismas penas a los demás funcionarios públicos que con la prevaricación hubiesen cometido otro delito contra la libertad individual de alguna persona, de cualquiera de los modos expresados en el capítulo 4º, título 1º del libro 2do de este Código”.

“**Artículo 346º**. El funcionario público que cometa prevaricación por soborno o cohecho dado por medio a él o a su familia, directamente o por interpuesta persona, sufrirá además de las penas de prevaricador, la de infamia, y una reclusión de uno a cuatro años, si no estuviere señalada otra mayor al delito que cometiere”.

“**Artículo 347º**. El juez de derecho o árbitro, o cualquiera otro funcionario público que por sí o por su familia, o por interpuesta persona, admita a sabiendas, o se convenga en admitir algún soborno, cohecho o regalo, y en su consecuencia haga alguna cosa contraria a su obligación, o deje de hacer alguna a que esté obligado, aunque no llegue a incurrir en prevaricación, sufrirá las mismas penas que los artículos precedentes imponen a los prevaricadores. Si la acción que cometiere por soborno, fuese no solo contraria a su obligación, sino que contenga otro delito a que esté señalada alguna pena, se le impondrá esta igualmente”.

2.5.2. DECRETO LEY N° 10772 DE 16 DE MARZO DE 1973

“Artículo 173. (Prevaricato) El juez que en el ejercicio de sus funciones procediere contra las leyes, ya haciendo lo que ellas prohíben expresa y terminantemente o dejando de hacer lo que ordenan del mismo modo, por interés personal o por soborno, o por afecto o desafecto a alguna persona o corporación o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado, incurrirá en privación de libertad de dos a cuatro años”.

2.5.3. LEY N° 1768 DEL 10 DE MARZO DE 1997

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La interpretación auténtica realizada por el legislador boliviano es vinculante, al respecto del delito objeto de estudio en el presente trabajo de investigación, ha establecido:

“Como respuesta al sentimiento generalizado de la población que evidencia una crisis profunda en la administración de justicia y con el propósito de fortalecer la institucionalidad del Poder Judicial se incorpora un régimen penal que permitirá viabilizar de manera expedita y eficaz la responsabilidad de los jueces que cometen delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones.

En este contexto:

- a) Se tipifica el delito de cohecho pasivo cometido por un juez, agravándose la pena en relación al cohecho pasivo propio.
- b) Se redefine la formulación del prevaricato, excluyendo, elementos que dificultaban su aplicación.

c) Se prioriza el proceso administrativo a cargo del Consejo de la Judicatura, para evitar que el proceso penal, de trámite más lento y complejo, dificulte la determinación de la responsabilidad disciplinaria y, eventualmente la remoción del mal juez, sin perjuicio de la ulterior sustanciación del proceso penal”.²⁷

“ARTICULO 173.- (PREVARICATO). El juez que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley será sancionado con reclusión de dos a cuatro años.

Si como resultado del prevaricato en proceso penal se condenare a una persona inocente, se le impusiere pena más grave que la justificable o se aplicare ilegítimamente la detención preventiva, la pena será de reclusión de tres a ocho años.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, es aplicable a los árbitros o amigables componedores o a quien desempeñare funciones análogas de decisión o resolución”.

2.5.4. LEY No. 004 DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS “MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ”

El artículo 34 de la Ley No. 004 ha modificado el contenido del artículo 173 del Código Penal, habiendo quedado el mismo redactado de la siguiente manera:

²⁷ Villamor Lucia, Fernando. 1999. *Comentarios y Adecuación a la Reforma de las Leyes Penales*. La Paz. Librería Editorial Popular.

“Artículo 173. (PREVARICATO). La jueza o el juez, que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la Ley, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años.

Si como resultado del prevaricato en proceso penal se condenare a una persona inocente, se le impusiere pena más grave que la justificable o se aplicare ilegítimamente la detención preventiva, la pena será agravada en un tercio a la establecida en el párrafo anterior.

Los árbitros o amigables componedores o quien desempeñare funciones análogas de decisión o resolución y que incurran en este delito, tendrán una pena privativa de libertad de tres (3) a ocho (8) años.

Si se causare daño económico al Estado será agravada en un tercio”.

2.5.5. LEY No. 548 CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE

El Código Niña, Niño y Adolescente de 17 de Julio de 2014, a través de la Disposición Adicional Segunda ha introducido una agravante en el delito de Prevaricato cuando se trate de niñas, niños y adolescentes, quedando el delito en cuestión redactado de la siguiente forma:

“Artículo 173 (PREVARICATO). La Jueza o el Juez que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la Ley, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años.

Si como resultado del prevaricato en proceso penal se condenare a una persona inocente, se le impusiere pena más grave que la justificable o se

aplicare ilegítimamente la detención preventiva, la pena será agravada en un tercio al establecido en el párrafo anterior.

Los árbitros o amigables componedores o quien desempeñare funciones análogas de decisión o resolución y que incurran en este delito, tendrán una pena privativa de libertad de tres (3) a ocho (8) años.

Si se causare daño económico al Estado será agravada en un tercio.

La pena será agravada en dos tercios en los casos descritos precedentemente cuando se trate de niñas, niños y adolescentes, conforme la normativa legal vigente”.

2.6. ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS

Si bien la delimitación temporal del presente trabajo determinaba un límite en el tiempo hasta diciembre de 2015. A tiempo de presentar el presente trabajo para su correspondiente defensa, han sucedido dos últimas reformas que por su importancia no pueden dejar de ser analizadas a continuación.

2.6.1. LEY N° 1390 DE FORTALECIMIENTO PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE 27 DE AGOSTO DE 2021

El artículo 2 de la Ley No. 1390 ha modificado la redacción del delito de Prevaricato, quedando el mismo redactado de la siguiente manera:

“Artículo 173. (Prevaricato de Juez o Fiscal). I. La jueza o juez que, en el ejercicio de sus funciones, dicte resolución manifiestamente contraria a la Constitución Política del Estado, al Bloque de Constitucionalidad o a la Ley, aplicables al caso concreto, haciendo lo que éstas prohíban o dejando de

hacer lo que mandan, en la sustanciación de una causa, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años, multa sancionadora de doscientos cincuenta y un (251) a cuatrocientos (400) días e inhabilitación.

II. En la misma sanción incurrirá la o el fiscal que, en ejercicio de sus funciones, realice alguna de las siguientes conductas:

1. Dicte requerimiento o resolución conclusiva contraria a la Constitución Política del Estado, Bloque de Constitucionalidad o Ley aplicable al caso; o,
2. Utilice o incorpore en el proceso a su cargo, medios de prueba o pruebas falsas o ilícitamente obtenidas, sabiendo que lo son.

III. La sanción prevista en los párrafos precedentes, será agravada a privación de libertad de siete (7) a doce (12) años, multa sancionadora de cuatrocientos un (401) a quinientos (500) días e inhabilitación, cuando como resultado del prevaricato:

1. Se condene a una persona inocente, se le imponga una sanción más grave que la justificable o se aplique ilegalmente la privación de libertad preventiva;
2. Se afecte de manera concreta derechos fundamentales de niñas, niños o adolescentes en procesos en los que participan; o,
3. Se cause daño económico al Estado”.

2.6.2. LEY N° 1443 DE 04 DE JULIO DE 2022 DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE FEMINICIDIO, INFANTICIDIO Y VIOLACIÓN DE INFANTE, NIÑA, NIÑO O ADOLESCENTE

La Ley N° 1443 también ha modificado el tenor del artículo 173 del Código Penal, quedando el mismo redactado de la siguiente manera:

“Artículo 173. (Prevaricato de Juez o Fiscal). I. La jueza o juez que, en el ejercicio de sus funciones, dicte resolución manifiestamente contraria a la Constitución Política del Estado, al bloque de constitucionalidad o a la Ley, aplicables al caso concreto, haciendo lo que éstas prohíban o dejando de hacer lo que mandan, en la sustanciación de una causa, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años, multa de doscientos cincuenta y un (251) a cuatrocientos (400) días e inhabilitación.

II. En la misma sanción incurrirá la o el fiscal que, en ejercicio de sus funciones, realice alguna de las siguientes conductas:

1. Dicte requerimiento o resolución conclusiva contraria a la Constitución Política del Estado, Bloque de Constitucionalidad o Ley aplicable al caso; o,
2. Utilice o incorpore en el proceso a su cargo, medios de prueba o pruebas falsas o ilícitamente obtenidas, sabiendo que lo son.

III. Si como resultado del prevaricato en un proceso penal se condene a una persona inocente, se le imponga una pena más grave que la justificable o se le imponga ilegalmente la detención preventiva, la pena prevista en el

parágrafo I será agravada en un tercio tanto en el mínimo como en el máximo.

Si como resultado del prevaricato se cause daño económico al Estado la pena prevista en el Parágrafo I será agravada en un tercio tanto en el mínimo como en el máximo.

IV. Cuando el prevaricato se cometa en un proceso penal en trámite o en etapa de ejecución de sentencia por delitos de feminicidio, infanticidio y/o violación de infante, niña, niño o adolescente, la pena será de privación de libertad de ocho (8) a veinte (20) años”.

Como se ha podido advertir, en esta evolución histórica del delito de prevaricato en el presente Capítulo, el Código Penal Santa Cruz de 06 de noviembre de 1834 redactó el delito de prevaricato en su artículo 344 de una forma más simbólica que punitiva propiamente dicha pues prácticamente la sanción era la pérdida del empleo, sueldo y honores, no poder obtener cargo alguno público, *sin perjuicio de sufrir otras penas que merezcan por otros delitos que comentan en la prevaricación*. Quedando la punición del delito de prevaricato en función al concurso con otros delitos. Así también, en esta génesis del delito de prevaricato se puede advertir que la prevaricación judicial era una, pero existía una más amplia y genérica referida a la conducta infractora de los deberes inherentes a la función pública. Desde aquí también se ven condiciones establecidas en el tipo que hacían dificultosa su persecución, que se van a mantener aun hasta la reforma parcial del Código Penal en el año 1997.

Como se ha podido advertir ut supra, el Decreto Ley N° 10772 de 16 de marzo de 1973, ha previsto en su artículo 173 el delito de prevaricato. Al respecto, es pertinente citar aquí las palabras de los Profesores Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, con relación a la configuración del tipo penal: “Esto no quiere decir que el legislador tenga que describir con toda exactitud y hasta sus más íntimos detalles los comportamientos que estime deban ser castigados como delito. Ello supondría una exasperación del principio de legalidad que, llevado hasta sus últimas consecuencias, desembocaría en un *casuismo abrumador* que, de todos modos, siempre dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal”.²⁸

En la redacción del delito de prevaricato del Código Penal Santa Cruz cuanto del Decreto Ley de 1973 se advierte ese *casuismo abrumador*, al que hacen referencia los Profesores anteriormente citados, pues, condicionan la existencia del prevaricato de derecho a condiciones demasiado específicas que tornaban la persecución de este delito en dificultoso. Que el mismo haya sido cometido por interés personal, soborno, afecto, desafecto, circunstancias que pueden hacer y tornar dificultosa la persecución del delito en cuestión. Así lo ha entendido también el legislador boliviano en la exposición de motivos de la Ley No. 1768 al sostener que ha redefinido el delito de prevaricato excluyendo los elementos que dificultaban su aplicación. Pues ese interés personal, el soborno de por medio, el afecto o el desafecto

²⁸ Muñoz y García. 2004. *Derecho Penal Parte General*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.

como móvil del prevaricato de no demostrarse no podría subsumirse la conducta al tipo penal, generando así impunidad.

Ese *casuismo abrumador*, ha sido superado desde la reforma parcial al Código Penal de 10 de marzo de 1997 traducida en la Ley No. 1768, suprimiendo el legislador boliviano las condiciones descritas que dificultaban innecesariamente la persecución penal del delito de prevaricato para establecer únicamente de manera abstracta y genérica que comete el delito de prevaricato el juez que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley.

En el último lustro se advierte al menos 4 reformas del delito de prevaricato. El año 2010 con la Ley No. 004 donde principalmente se incorpora una agravante cuando el prevaricato además provoque daño económico al Estado. El año 2014 con el Código Niña, Niño, Adolescente se establece una nueva agravante cuando el prevaricato esté vinculado al niño, niña o adolescente. La Ley No. 1390 de 2021 fue la que terminó excluyendo como sujetos activos de este delito a los amigables componedores y otros, manteniendo la configuración del sujeto activo del delito de prevaricato al juez y ampliando su aplicación al fiscal. La Ley No. 1443 del 2022 es la última reforma y olvidó incluir la agravante prevista por el Código Niña, Niño o Adolescente del año 2014 vinculado al prevaricato relacionado a niñas, niños o adolescentes.

En las últimas reformas legislativas se advierte una ampliación significativa en el ámbito de aplicación del delito de prevaricato. La Ley N° 1390 de

Fortalecimiento para la Lucha contra la Corrupción de 27 de Agosto de 2021 ha superado la restricción de limitar el objeto del prevaricato a la resolución manifiestamente contraria a la Ley, ampliando la descripción del comportamiento prohibido en lo que concierne al juez que en el ejercicio de sus funciones, por supuesto, dictando una *resolución manifiestamente contraria a la Constitución Política del Estado, al Bloque de Constitucionalidad o a la Ley, aplicables al caso concreto, haciendo lo que éstas prohíban o dejando de hacer lo que mandan, en la sustanciación de una causa.*

Esta ampliación de la conducta prohibida descrita por el legislador boliviano responde necesariamente a la transición que se ha dado con la nueva Constitución, del Estado Legislado al Estado Constitucional en la interpretación y la argumentación jurídica con relación a los Derechos Humanos. Esto está así consagrado en la Constitución aprobada por el Pueblo Boliviano en sus artículos 13, 256 y 410, que han sido transcritos ut supra. Los artículos anteriormente citados determinan la vinculación de todo juez en Bolivia, independientemente la materia en la que se desempeña, al bloque de constitucionalidad y el deber de realizar la interpretación desde y conforme a la Constitución Política del Estado, determinando su prevalencia en el orden interno y que los derechos deben ser interpretados de conformidad a los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado boliviano. Si los tratados e instrumentos internacionales determinan derechos más favorables que los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente. Todas las personas naturales y jurídicas, órganos

públicos, funciones públicas e instituciones se encuentran sometidos a la Constitución, siendo esta la norma suprema que goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. Incluyendo el bloque de constitucionalidad a los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos.

También lo ha establecido así el Tribunal Constitucional Plurinacional: “En consecuencia, en la especie, corresponde aplicar el bloque de constitucionalidad conformado por la Constitución Política del Estado, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y principios y valores de rango constitucional en caso de ser necesario, de acuerdo a los criterios de interpretación constitucional pertinentes”.²⁹

A través de una distinta sentencia también ha establecido: “Este entendimiento tiene su fundamento en lo establecido por los arts. 13.IV y 256 de la CPE, que configuran la obligación de interpretación más favorable en materia de Derechos Humanos, teniendo como parámetros las cláusulas de interpretación contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia, entre ellas, el principio pro homine, que establece que el juzgador debe aplicar aquellas normas y criterios de interpretación que resulten más favorables al respeto y goce de los derechos constitucionales de las personas”.³⁰

²⁹ Sentencia Constitucional Plurinacional 0110/2010-R de 10 de mayo de 2013.

³⁰ Sentencia Constitucional Plurinacional 2233/2013 de 16 de diciembre de 2013.

La vinculación que tiene toda autoridad judicial y fiscal, al bloque de constitucionalidad, es sin lugar a dudas, un acierto legislativo el ampliar la aplicación del delito de prevaricato a la resolución manifiestamente contraria a la Constitución Política del Estado, al bloque de constitucionalidad o a la Ley. Por la interpretación, desde y conforme a la Constitución que debe realizar cada autoridad judicial y fiscal en Bolivia, resulta pertinente utilizar la conjunción disyuntiva “o”, que la decisión sea, contraria a la Constitución, al bloque de constitucionalidad o a la Ley.

Existe una *condictio sine qua non* para la configuración del delito de prevaricato de la autoridad judicial: *haciendo lo que éstas prohíban o dejando de hacer lo que mandan, en la sustanciación de una causa*. Condición que parece más una obviedad, que estaba representada en sus alcances por las palabras: “manifiestamente contraria”. Esa contraposición clara entre lo resuelto y la norma invocada no quiere decir otra cosa que hacer lo que la Constitución, el bloque de constitucionalidad o la Ley prohíben, o no hacer lo que la Constitución, el bloque de constitucionalidad o la Ley mandan a hacer. El párrafo II ha ampliado además al sujeto activo del delito. Como lo dice el nomen juris del delito *Prevaricato de Juez o Fiscal*, el tipo delictivo en cuestión ha incluido como sujeto activo de este delito al fiscal. De acuerdo a la descripción de la conducta prohibida, el fiscal comete el delito de prevaricato cuando en el ejercicio de sus funciones a) *Dicte requerimiento o resolución conclusiva contraria a la Constitución Política del Estado, Bloque de Constitucionalidad o Ley aplicable al caso*. Esta redacción como se ha

dicho más arriba es la consecuencia de lo dispuesto en la Constitución Política del Estado en su artículo 410 parágrafo I que establece que todas las personas, naturales o jurídicas, órganos, instituciones y funciones públicas, se encuentran sometidas a la Constitución, lo que comporta no solo la observancia de la Ley, sino prioritariamente la Constitución, y su consiguiente vinculación a todo el bloque de constitucionalidad. Es en ese mérito, que el tipo delictivo en cuestión está poniendo mayor énfasis a la vinculación del fiscal a la Constitución, bloque de constitucionalidad, además de la Ley.

La segunda forma de comisión de este delito para el fiscal se da cuando *utilice o incorpore en el proceso a su cargo, medios de prueba o pruebas falsas o ilícitamente obtenidas, sabiendo que lo son*. De manera concreta, es esto lo que se ha propuesto en el presente trabajo en lo que concierne a las pruebas falsas, teniendo como tarea pendiente los hechos falsos para el fiscal y para el juez. La incorporación de esta forma de comisión del delito de prevaricato para el fiscal confirma la hipótesis planteada en el presente trabajo. Si bien, se ha enfocado su inclusión para la autoridad judicial, hoy el legislador boliviano ha incluido parcialmente el prevaricato de hecho para el fiscal, lo cual no deja de ser plausible, pero es aún insuficiente. Esta inclusión sin lugar a dudas determina mayor responsabilidad para el fiscal a tiempo de requerir y resolver. Pero, de acuerdo a las funciones que desempeñan cada uno de estos servidores vinculados a la administración de justicia, quien tiene más responsabilidad es la autoridad judicial, cuyo veredicto comportará la

última palabra, al ser el árbitro neutral sobre una contienda judicial. Sin embargo, este prevaricato de hecho: pruebas falsas, es un acierto, pero en su configuración aun existe posibilidad de perfeccionar la redacción. No se ha advertido similitud en la legislación comparada, respecto a la obtención ilícita de prueba. Nótese, que la configuración de esta forma de comisión del delito del prevaricato del fiscal no condiciona que esa prueba obtenida de manera ilícita sea falsa. Posiblemente, que la legislación comparada no haya previsto circunstancia similar, puede responder a que, si en el juicio se pretendiera, no solo por parte del fiscal, sino por cualquier sujeto procesal, incluir una prueba obtenida de manera ilícita, les asiste a las partes la posibilidad de plantear la correspondiente exclusión probatoria. Introducir pruebas falsas, si, condice con el concepto que se ha manejado del prevaricato de hecho, pero que no concluye ahí. Existe una insuficiente redacción legislativa respecto a los hechos falsos que pueden representar base de la resolución dictada por la autoridad que cometa el delito de prevaricato.

Por cierto, al respecto del sujeto activo del delito de prevaricato, con la nueva redacción se cierra totalmente su configuración estrictamente al juez o fiscal. Excluyendo de esta manera a los árbitros o amigables componedores y quienes desempeñaren funciones análogas de decisión o resolución.

El delito en cuestión, de manera transversal, en su caso para el juez cuanto, para el fiscal, en sus distintas formas de comisión, se trata del tipo de injusto del delito doloso. El conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo del

delito. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 13 quáter del Código Penal, al no estar descrito de manera expresa la comisión culposa del delito, se entenderá el mismo como delito doloso. En el caso en concreto, en ninguna de las reformas, se ha establecido de manera expresa la comisión imprudente de este delito, lo que permite concluir que el comportamiento prohibido en el artículo 173 del Código Penal es doloso, como ya se ha explicado ut supra. En el caso del prevaricato del fiscal, cuando utiliza o incorpora al proceso a su cargo medios de prueba o prueba falsa o ilícitamente obtenida, el legislador ha acentuado el elemento cognitivo del dolo, al establecer, *sabiendo que lo son*.

Conforme se ha podido advertir en otras legislaciones como se expondrá en el capítulo destinado al análisis de la legislación comparada, para el prevaricato de derecho algunas legislaciones han previsto la forma imprudente de su comisión, al establecer de manera expresa la imprudencia o la ignorancia inexcusable como elemento subjetivo para la resolución contrapuesta a la Ley. El objeto del presente trabajo es proponer la inclusión del prevaricato de hecho. Sin embargo, se advierte como diagnóstico que evidentemente resulta necesario cualificar la redacción del delito del prevaricato, tanto de hecho como de derecho, debiendo incluirse la forma imprudente de manera expresa.

Se mantiene la agravante con relación a la condena de una persona inocente que pueda derivar del prevaricato, así como la imposición ilegal de la detención preventiva. Se mantiene también la agravante respecto al

prevaricato que cause daño económico al Estado, sin embargo la reciente reforma al delito de prevaricato ha suprimido la agravante con relación al prevaricato que afecte los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescente, omisión legislativa sin fundamento alguno, generando de hecho un retroceso que generaba mayor protección a este sector vulnerable de la sociedad, omisión además contraproducente con el *interés superior del niño, niña y adolescente*, previsto en la Constitución Política del Estado. A su vez, esta última reforma también ha incluido otra circunstancia modificativa de la responsabilidad penal cuando el prevaricato sea cometido en proceso penal en trámite o en etapa de ejecución de sentencia por delitos de feminicidio, infanticidio y/o violación de infante, niña, niño o adolescente la pena será agravada estableciéndose un marco penal de privación de libertad de ocho (8) a veinte (20) años.

Esta agravante responde a una realidad que se ha presentado en el primer trimestre del año 2022 en Bolivia, cuando un asesino en serie quien ya contaba con una sentencia de condena ejecutoriada por el delito de Asesinato es aprehendido porque en libertad se encontraba cometiendo nuevos delitos. Este dato no paso desapercibido y llamó la atención de los medios de comunicación y autoridades locales. ¿Qué hacía en las calles en libertad una persona que cumplía condena por el delito de Asesinato? Ante ello, se reveló que el ciudadano en cuestión habría obtenido de manera irregular su libertad, sin cumplir la condena, a través de un procedimiento apócrifo habría obtenido su libertad provisional, libertad que terminó en los

hechos siendo definitiva, porque no existía siquiera la intención de revocar esa libertad provisional en el tiempo previsto. En el tiempo que estuvo libre, mató a dos señoritas más a quienes enterraba en su propio domicilio, y violó a decenas de señoritas, se estima 77 víctimas de violencia sexual.

La sociedad cuando tuvo conocimiento de todo esto, por supuesto se volcó a las calles, quemaron la casa del asesino en serie, se descubrió otros casos donde otros jueces de ejecución habían liberado con procedimientos igual de apócrifos e ilegales a autores de delitos de sangre que cumplían la máxima sanción prevista en el Código Penal boliviano, con las mismas abogadas y los mismos médicos que se prestaban a realizar informes sin siquiera valorar a los condenados. La mayoría de jueces de ejecución fueron destituidos y encarcelados. Es a esa realidad que responde esta agravante.

Ahora bien, respecto a esta agravante, si bien responde razonablemente a una realidad, existen dos circunstancias que componen esta agravante: en etapa de ejecución de sentencia por delitos de feminicidio, infanticidio y/o violación de infante, niña, niño o adolescente. La segunda circunstancia ya anunciada dentro de esta agravante contempla la misma sanción anteriormente citada, cuando el prevaricato se cometa en un proceso penal en trámite por delitos de feminicidio, infanticidio y/o violación de infante, niña, niño o adolescente. Circunstancia que dista de la anterior pues en el caso en concreto aquí no se ha destruido la presunción de inocencia. No existe una condena ejecutoriada. Si la causa se encuentra en trámite rige en todo momento la presunción de inocencia. La triste realidad en Bolivia muestra

que el prevaricato jurídicamente hablando es una cosa, y otra muy distinta es lo que muchas veces se quiere hacer pasar por prevaricato, entendiéndose este delito muchas veces como aquel fallo del juez que no condice con el afán gubernamental, social, político, mediático, etc. Esta realidad descrita sumada a la existencia de jueces de transición que no son institucionalizados conlleva al alto riesgo, desde otro enfoque por supuesto, que cuando el juez tenga conocimiento de procesos por estos delitos resolverá sin garantías mínimas para el imputado, y más bien se inclinará por aplicar presunción de culpabilidad. En todo caso, con estas dos circunstancias descritas se corre el riesgo de recaer nuevamente en un casuismo abrumador, dejando así también de lado otro tipo de formas de ingresar a estas agravantes cuando se trate de la investigación, procesamiento y/o juzgamiento de estos delitos. Por lo cual, pudiera realizarse una descripción más abstracta para evitar recaer en ese casuismo abrumador cuyo origen es el Código Penal Santa Cruz de 1834. Asimismo, el marco penal de esta circunstancia agravante incorporada por esta última reforma no se encuentra justificada y corre el riesgo de ser desproporcional pues pareciera que se pretende hacer responsable por delitos preterintencionales a la autoridad judicial o fiscal, cuando no existe vinculación del dolo con resultados posteriores que pudieran presentarse, como ejemplo de lo que se refiere se puede citar el artículo 255 del Código Penal que tiene por nomen iuris: Homicidio en Prácticas Deportivas, donde la muerte de una persona ocasionada en deporte autorizado con evidente infracción de los respectivos reglamentos

tiene una sanción de seis meses a dos años de reclusión. La explicación es la magnitud y alcance del dolo, en el caso del homicidio en practicas deportivas el dolo no alcanza a la voluntad de causar la muerte de otra persona, sino de obtener una ventaja deportiva. En el caso de la agravante incluida por la Ley No. 1443 no existe una vinculación del dolo con resultados preterintencionales que pudieran presentarse y que la autoridad al cometer el prevaricato posiblemente ni se ha representado. Esto permite concluir que, si bien debe advertirse una agravante por el tratamiento de los delitos vinculados a sectores vulnerables y de atención prioritaria por parte del Estado, esta debe realizarse con estricta sujeción y observancia al principio de proporcionalidad.

2.7. LEGISLACIÓN COMPARADA

En el epígrafe anterior, se ha realizado el análisis del delito de prevaricato desde la perspectiva histórica y su redacción actual producto de las últimas reformas del delito de prevaricato en Bolivia. A continuación, se analiza el prevaricato boliviano desde la perspectiva de la legislación de otros países con relación a la tipificación de este delito, se compara similitudes y diferencias con la tipificación boliviana, a efectos de poder realizar el análisis que permita identificar virtudes y errores, alternativamente obtener conclusiones vinculantes.

2.7.1. ARGENTINA

TITULO XI

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA

Capitulo X

Prevaricato

“**Artículo 269.** Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores”.

“**Artículo 270.** Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado”.

“**Artículo 271.** Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el

mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que, de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada”.

“**Artículo 272.** La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades”.

Análisis Comparativo. La legislación penal argentina ha previsto en el Capítulo X del Título XI del Código Penal argentino la regulación del delito de prevaricato. Como sujeto activo se encuentra el juez, los árbitros o amigables componedores, el abogado o mandatario judicial, fiscales, asesores, y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades. El comportamiento prohibido está descrito por el verbo “dictar”, el juez, o árbitros o amigables componedores que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas. Comete también este delito el juez que decretare prisión preventiva que, computada la misma hubiera agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado, en este último caso la sanción es de multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta.

Se prevé la agravante en caso de ser la sentencia de condena en causa criminal con un marco penal de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Comete también el delito de prevaricato el abogado o mandatario judicial, que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio,

simultánea o sucesivamente o que, de cualquier otro modo perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada. La sanción aplicable al abogado o mandatario judicial es de multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años. La misma sanción también será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.

Se advierte similitudes, pero también diferencias con la legislación boliviana. Una similitud es el elemento subjetivo del tipo de ambas legislaciones que es el dolo, pues ni en la legislación boliviana ni en la argentina se ha previsto la forma imprudente de este delito. Mientras que en la legislación argentina se contempla a otros sujetos activos además del juez y fiscal, dígase, abogados, mandatarios judiciales, árbitros, etc., en Bolivia únicamente se prevé este delito para el juez o fiscal. En Bolivia se prevé como delito el prevaricato de derecho para el juez y fiscal, y solo prevaricato de hecho para el fiscal, mientras que en Argentina se prevé para el juez, y árbitros y amigables componedores el prevaricato de hecho y de derecho, doloso, como se ha apuntado. La legislación argentina prevé a los hechos falsos como constitutivo del delito de prevaricato (de hecho), mientras que en Bolivia el fiscal comete el mismo delito únicamente vinculado con las pruebas falsas. En Bolivia se tiene prevista agravantes que no contempla la legislación argentina como ser: el daño económico, los delitos de feminicidio, violación de infante, niño, niña, adolescente e infanticidio. Mientras que, en ambas se prevé una circunstancia agravante con relación a la sentencia de

condena en causa criminal, y otra similar con relación a la detención preventiva cuando se imponga sin que esta sea procedente. También la legislación argentina ha previsto circunstancia agravante cuando se prolongue la detención preventiva, computada que sea la misma, cuando se hubiera agotado ya la pena máxima del delito que se imputa, circunstancia no prevista en la legislación boliviana. Se puede advertir que como sanción se han previsto consecuencias jurídicas en Argentina para este delito como son: la inhabilitación especial, inhabilitación absoluta perpetua, multa y prisión. Mientras que, en Bolivia, también se prevé la pena privativa de libertad, multa e inhabilitación. En Argentina, el prevaricato de hecho y de derecho cometido por el juez sin que concurren circunstancias agravantes no es sancionado con pena prisión, sino con inhabilitación absoluta perpetua y multa. Mientras que, el prevaricato cometido por el juez o fiscal sin agravantes en Bolivia es sancionado con pena privativa de libertad de cinco a diez años, multa e inhabilitación. La máxima sanción privativa de libertad que puede imponerse por el delito de prevaricato en Bolivia es de 20 años, mientras que en Argentina puede imponerse un máximo de hasta 15 años. A diferencia de la legislación argentina el juez o fiscal no se encuentran vinculados a la Constitución ni al Bloque de Constitucionalidad para efectos de la comisión de este delito, sino a la ley únicamente.

2.7.2. ESPAÑA

TÍTULO XX

Delitos contra la Administración de Justicia

CAPÍTULO PRIMERO

De la prevaricación

“Artículo 446. El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por delito leve.

3º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas”.

“Artículo 447. El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictare sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá

en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

“**Artículo 448.** El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

“**Artículo 449. 1.** En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez o Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior”.

Análisis Comparativo. En España, el prevaricato se encuentra regulado en el Capítulo Primero del Título XX del Código Penal, en los artículos 446 al 449. Como sujeto activo se tiene principalmente al juez o magistrado, también el secretario judicial o funcionario distinto cuando sean responsables de retardo malicioso en la administración de justicia. Comete el delito de prevaricato el juez o magistrado que a sabiendas dicte sentencia o resolución injusta. La sanción será de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no se hubiera llegado a ejecutar. Con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se hubiera ejecutado. En ambos casos además se impondrá la inhabilitación absoluta

por tiempo de diez a veinte años. con pena de multa de seis a doce meses, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por delito leve. Con pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando se trate de cualquier otra sentencia o resolución injusta.

La forma culposa de este delito también está prevista en el Código Penal español en el artículo 447, sancionando la misma a pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

También comete este delito el Juez o Magistrado que se niegue a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. Por último, comete también el delito de prevaricato el Juez o Magistrado o Secretario Judicial culpables de retardo malicioso en la administración de justicia. Estas conductas en Bolivia podrían verse comprendidas bajo la figura del retardo de justicia y del incumplimiento de deberes previsto en los artículos 154, 177 y 177 bis, del Código Penal, es decir figuras constitutivas de delitos independientes no constitutivas de prevaricato. A diferencia de la legislación boliviana el Código español identifica al juez o magistrado como sujeto activo de este delito, alternativamente cuando se trata de retardo malicioso en la administración de justicia también lo será el secretario judicial o funcionario distinto. Mientras que, en Bolivia únicamente pueden cometer este delito el juez o fiscal. Tampoco se advierte la vinculación a la Constitución y Bloque de Constitucionalidad en la legislación española como

lo ha previsto el caso boliviano para la configuración del delito de prevaricato. Asimismo, a diferencia de la legislación boliviana la legislación española prevé también la figura del prevaricato culposo. Nótese, que, de todas las conductas descritas constitutivas de prevaricato en España, únicamente son sancionadas con pena de prisión, de uno a cuatro años cuando se trata de causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior si se hubiera ejecutado. Las demás formas de comisión del delito de prevaricato que han sido descritas, no son sancionadas con pena de prisión. Circunstancia similar a lo que ocurre en Argentina, donde el prevaricato sin que concurren circunstancias agravantes no es sancionado con pena de prisión. Mientras que, en Bolivia, no existe prevaricato contemplado sin pena privativa de libertad. El marco penal para el prevaricato del juez o fiscal sin agravantes es de privación de libertad de 5 a 10 años, multa e inhabilitación.

2.7.3. PERÚ

CAPÍTULO III

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

SECCIÓN II

PREVARICATO

“**Artículo 418. Prevaricato.** El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o

derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

“Artículo 419. Detención ilegal. El Juez que, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o preso, que debió decretar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

“Artículo 420. Prohibición de conocer un proceso que patrocinó. El Juez o Fiscal que conoce un proceso que anteriormente patrocinó como abogado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”.

“Artículo 421. Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial. El Abogado o mandatario judicial que, después de haber patrocinado o representado a una parte en un proceso judicial o administrativo, asume la defensa o representación de la parte contraria en el mismo proceso, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”.

Análisis Comparativo. El delito de prevaricato en la legislación peruana se encuentra en la Sección II del Capítulo III. La Sección II tiene el nombre de “Prevaricato”, donde aglutina a los artículos desde el 418 hasta el 421. Entonces, si bien, solo uno de ellos tiene el nomen iuris de prevaricato, los demás se encuentran en la sección que se denomina prevaricato, por lo cual hacen al prevaricato en sí.

En Perú, comete el delito de prevaricato el Juez o fiscal que dicten resolución o dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o

derogadas. Esta conducta es sancionada con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Comete también este delito, bajo la figura de la detención ilegal, el juez que maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga libertad de un detenido o preso, que debió decretar, la sanción es de pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Bajo la figura de prohibición de conocer un proceso que patrocinó, también comete delito el juez o fiscal que conoce un proceso que anteriormente patrocinó como abogado, la sanción es de pena privativa de libertad no mayor de dos años. Por último, bajo la figura de patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial, comete delito el abogado o mandatario judicial que, después de haber patrocinado o representado a una parte en un proceso judicial o administrativo, asume la defensa o representación de la parte contraria en el mismo proceso, la sanción es de pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Al igual que la legislación boliviana, en Perú únicamente se prevé la conducta dolosa como constitutiva del delito de prevaricato, no se prevé la forma culposa de este delito. El prevaricato de hecho y de derecho está previsto tanto para el juez como para el fiscal, a diferencia de lo que ocurre en Bolivia, pues el prevaricato de hecho no está contemplado como figura delictual para el juez. Mientras en Bolivia, el sujeto activo de este delito no puede ser otro que el juez o fiscal, en Perú, además del juez o fiscal, puede serlo también el Abogado o mandatario judicial en caso de patrocinio infiel. Esta última conducta no es constitutiva de prevaricato en Bolivia, pero si está

prevista bajo la figura del, precisamente, patrocínio infiel. A diferencia de la legislación boliviana, en la peruana no se advierte la vinculación para el delito de prevaricato con la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, únicamente a la ley. El prevaricato peruano sin agravantes tiene una sanción de pena privativa de libertad de no menor de tres ni mayor de cinco años, mientras que, en Bolivia, el prevaricato sin agravantes tiene un marco penal cuyo mínimo es 5 años de privación de libertad, y el máximo es de 10 años de libertad, es decir, en Bolivia, se prevé una sanción cualitativamente más drástica. La sanción más severa que puede imponerse por el delito de prevaricato en Perú es de cinco años, mientras que, en Bolivia, puede serlo hasta de veinte años.

2.7.4. COSTA RICA

SECCIÓN IV

Prevaricato y Patrocínio Infiel

Prevaricato.

“**Artículo 350.** Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.

Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores”.

Análisis Comparativo. La Sección IV del Código Penal de Costa Rica ha previsto el delito de prevaricato. Según esta legislación comete delito de prevaricato el funcionario judicial o administrativo, árbitros y arbitradores, que dictaren resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. La sanción es de prisión de dos a seis años. La pena es agravada de tres a quince años, cuando el prevaricato se trate de una sentencia de condena en proceso penal. Al igual que en Bolivia, únicamente se ha previsto la forma dolosa de la comisión del delito de prevaricato. Costa Rica prevé dentro de la figura del prevaricato, al prevaricato de derecho y al prevaricato de hecho para el funcionario judicial o administrativo, mientras que en Bolivia el prevaricato de hecho únicamente está previsto para el fiscal, y no así para el juez. El prevaricato sin agravantes en Costa Rica tiene una sanción de prisión de dos a seis años, no se prevé multas ni inhabilitación como si lo hace la legislación boliviana. En caso de que el prevaricato se trate de una sentencia de condena en proceso penal, la sanción es agravada de 3 a 15 años de prisión, siendo esta la sanción más dura que puede imponerse por este delito, mientras que en Bolivia puede imponerse hasta un máximo de 20 años en el caso del prevaricato en procesos de feminicidio, y otros, como se ha apuntado ut supra. Tampoco en la legislación de Costa Rica se ha advertido para la figura del prevaricato la vinculación con la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad como si lo hace la legislación boliviana para tipificar el delito de prevaricato del juez o fiscal.

2.7.5. COLOMBIA

CAPÍTULO VII.

DEL PREVARICATO

“Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

“Artículo 414. Prevaricato por omisión. El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

“Artículo 415. Circunstancia de agravación punitiva. Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro”.

Análisis Comparativo.

En Colombia se ha previsto un Capítulo dentro del Código Penal para regular el delito de prevaricato. Este Capítulo consta de 3 artículos. El legislador colombiano ha distinguido lo que denomina el prevaricato por acción y el prevaricato por omisión. El prevaricato de acción lo comete el servidor público, este puede ser jurisdiccional o administrativo, que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley. La sanción es de prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

Como prevaricato por omisión, el legislador colombiano ha tipificado lo que en Bolivia comportaría el tratamiento de delitos independientes distintos al prevaricato como son el incumplimiento de deberes y el retardo de justicia, pues en Bolivia comete este delito el servidor público que omite, retarda, rehúsa o deniega un acto propio de sus funciones. Esta conducta es sancionada con prisión de dos a cinco años, multa de diez a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco años. En Colombia se prevé una circunstancia agravante cuando el prevaricato se realice en actuaciones judiciales o administrativas vinculados a los delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir,

narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, siendo en estos casos la pena agravada hasta en una tercera parte.

En el caso colombiano, se ha previsto como sujeto activo al servidor público, lo cual comporta que puede serlo no solo el juez, también el fiscal u otros que desempeñen funciones análogas de resolución de contiendas judiciales o administrativas. Sólo está previsto el prevaricato de derecho, más no el de hecho. Tampoco se advierte la vinculación para el delito de prevaricato con la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad como se presenta en la legislación boliviana. Al igual que ocurre en la legislación boliviana únicamente se sanciona la conducta dolosa del prevaricato. A diferencia de la legislación boliviana no se prevén las circunstancias agravantes cuando el prevaricato cause daño económico al Estado, tampoco cuando este se encuentre vinculado a la sentencia de condena en proceso penal, ni la aplicación ilegal de la detención preventiva, y menos aún con relación al delito de feminicidio y otros, como ut supra se tiene apuntado.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTACIÓN PRÁCTICA

3.1. ESTUDIO Y ANÁLISIS DE CASO

A efectos de poder establecer que la propuesta planteada en el presente trabajo de tesis responde no a una abstracción teórica sin aplicación práctica sino a una realidad que se presenta en el acontecer diario en la administración de justicia, que lesiona y vulnera la función judicial y los derechos de las personas, y que la misma no se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico penal dejando así impunes estas conductas cuyos responsables son, paradójicamente, las autoridades llamadas por ley a ser guardianes de la legalidad, cuyo comportamiento delictivo no legislado deja en desamparo a las personas sometidas a un proceso judicial ante el Órgano Judicial, afectando de esta manera a la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la legalidad, etc., además del perjuicio que se genera al dejar en la impunidad estas conductas.

A continuación, se presenta, con estrictos fines académicos un proceso penal que ha sido resuelto ante el Órgano Judicial en nuestro país, más concretamente en la ciudad de La Paz, donde se advierte que el prevaricato de hecho es una realidad presente impune al no estar regulado el mismo en el ordenamiento jurídico penal boliviano, y se adjunta en anexos los documentos que a continuación se cita.

3.1.1 PRESENTACIÓN DEL CASO

“Caso Ministerio Público y Acusador Particular Manuel Quispe Apaza en contra de Maximiliano Huanca Huanca”

El presente proceso ha sido iniciado conforme advierte la comunicación del inicio de investigación por los delitos de Falsedad Material (art. 198), Falsedad Ideológica (art. 199) y Uso de Instrumento Falsificado (art. 203) todos previstos en el Código Penal boliviano ante el Juzgado de Instrucción Penal Quinto de la Capital del Departamento de La Paz en fecha 19 de febrero de 2015.

El pliego de Imputación Formal emitido por el Ministerio Público ha sido presentado ante el Órgano Judicial en fecha 3 de diciembre de 2015 por el delito de Uso de Instrumento Falsificado.

En fecha 05 de Julio de 2016 el Ministerio Público informa al Órgano Judicial la conclusión de la investigación y presenta la Acusación Formal en contra del ciudadano imputado por los delitos de Falsedad Material, Falsedad Ideológica y Uso de Instrumento Falsificado.

En fecha 10 de agosto de 2016, al existir la Acusación Formal presentada por el Ministerio Público el proceso ha sido remitido ante el Tribunal de Sentencia Quinto en lo Penal de la ciudad de La Paz.

En fecha 01 de febrero de 2017, Manuel Quispe Apaza presenta Acusación Particular ante el Tribunal Quinto de Sentencia.

En fecha 08 de marzo de 2017 el Tribunal de Sentencia Quinto de la ciudad de La Paz, a través de la Resolución Nro. 12/2017 dicta el Auto de Apertura de Juicio, delimitando el respectivo objeto del proceso penal, como a continuación se transcribe la parte pertinente:

- “Que el señor Jorge Alvarado Alvarado el año 1996 por Escritura Pública N° 2940/96 le transfirió al señor Manuel Quispe Apaza, un lote de terreno de 200 Mts². Ubicado en la calle “B” N° 14 zona Alto Pampahasi, registrado en Derechos Reales bajo la partida N°01374855 de fecha 26 de septiembre de 1996.
- Que el mismo año aparecen los señores Cornelio Huanca Quelca y Casimira Huanca de Huanca, mediante su apoderado Maximiliano Huanca Huanca (hijo de los esposos Huanca Huanca), indicando que son dueños del lote de terreno y que habían adquirido el año 1996 del mismo señor Jorge Alvarado, motivo por el cual los señores Huanca iniciaron un proceso penal por el delito de estelionato al señor Alvarado, y realizada la investigación dentro del proceso penal, se estableció que la Escritura Pública N° 32 de fecha 14 de febrero de 1996 de fecha 23 de noviembre de 1964 era falso, porque las firmas insertas en el protocolo y la minuta son falsas y no le corresponde al vendedor, pruebas que resultaron contundentes para que se absolviera al señor Jorge Alvarado Alvarado.
- Sin embargo, los señores Huanca con dicho documento falso sorprenden la buena fe de las autoridades e inician otro proceso civil

radicado en el Juzgado Octavo de Partido en lo Civil y Comercial, y consiguen que se dicte una resolución a favor de estos sujetos; motivo por el cual se les inicia el proceso penal por el delito de Uso de Instrumento Falsificado.

- Que luego de haber fallecido el señor Conerlio Huanca Quelca y Casimira Huanca de Huanca, su hijo ahora acusado Maximiliano Huanca Huanca, se apersona ante el referido Juzgado en lo Civil, con el fin de proseguir con el juicio civil, a sabiendas que dicha escritura que originó el proceso es falsa, lo cual demuestra la misma conducta de sus padres, cual es usar el documento falso, a sabiendas que la Escritura Pública N° 32 es un documento falsificado”.

Por lo que se apertura el juicio por el hecho así descrito calificado por el Tribunal de juzgamiento por el delito de Uso de Instrumento Falsificado previsto en el artículo 203 del Código Penal.

En fecha 16 de abril de 2018 el Tribunal Quinto de Sentencia pronuncia resolución de Sentencia signada N° 11/2018, donde arriba a las siguientes conclusiones, se transcribe la parte pertinente:

III.- VALORACIÓN INTELECTIVA DE EVIDENCIAS Y DEMÁS ELEMENTOS PROBATORIOS:

De todas las evidencias descritas se valora las más relevantes, y pertinentes al hecho, en forma conjunta para sostener la verdad histórica de los hechos.

- “Que los esposos Cornelio Huanca Quelca y Casimira Huanca de Huanca, con pleno conocimiento de que la Escritura Pública

Testimonio N° 32/96 de 14 de febrero de 1996 era falsa, inician una acción civil en el Juzgado Octavo de Partido en lo Civil para apoderarse del lote de terreno del señor Manuel Quispe Apaza, obteniendo una sentencia favorable el 28 de abril de 2003, por el cual se declara NULA y sin validez legal la Escritura Pública N° 2940/96 de fecha 25 de septiembre de 1996, otorgada por ante el Notario de Fe Pública Luis Fernando Torrico Tejada, por ser ilícito el objeto de la transferencia, la cancelación de la partida N° 01374855 de 7 de octubre de 1996, que el demandado Manuel Quispe Apaza restituya el inmueble ubicado en el lote N° 29, Manzano B de la zona de Pampahasi, Villa Salome con una superficie de 200 mts.2 a Conerlio Huanca Quelca y Casimira Huanca de Huanca en el plazo de sesenta días de ejecutoria de la sentencia, bajo alternativa de ley; Sentencia que es confirmada por la Sala Civil Cuarta de la R. Corte Superior de Justicia; en el referido proceso civil se apersona el ahora acusado Maximiliano Huanca Huanca en su condición de apoderado solicitando la ejecutoria del Auto de Vista (Prueba MP-8).

- Que en merito a los antecedentes expuestos, el acusador particular Manuel Quispe Apaza inicia un proceso penal en contra de Cornelio Huanca Quelca y Casimira Huanca de Huanca, por los delitos de Falsedad Material, Falsedad Ideológica y Uso de Instrumento Falsificado, proceso que es extinguido por la muerte de los esposos Huanca mediante Auto Interlocutorio de 29 de agosto de 2014;

proceso en la que también se apersona el acusado Maximiliano Huanca Huanca adjuntando el Testimonio de declaratoria de herederos obtenido al fallecimiento de sus padres, para solicitar fotocopia legalizada del referido Auto Interlocutorio”.

En virtud de las conclusiones a las que ha arribado el Tribunal de Sentencia Quinto de la ciudad de La Paz, por voto unánime de los tres jueces técnicos declaró al acusado Maximiliano Huanca Huanca, autor de la comisión del delito de Uso de Instrumento Falsificado previsto en el artículo 203 del Código Penal, condenándolo a sufrir la pena privativa de libertad de tres (3) años a cumplir en el Centro Penitenciario de San Pedro de la ciudad de La Paz, más el pago de costas procesales.

En contra de la decisión asumida por el Tribunal a quo, el acusado, el ciudadano Maximiliano Huanca Huanca, presenta el recurso de Apelación Restringida en fecha 30 de mayo de 2018.

Efecto de este recurso, la Sala Penal Cuarta del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz en fecha 22 de octubre de 2019 pronunció la Resolución N° 135/2019, en el que arriba a las siguientes conclusiones que se transcriben en sus partes pertinentes vinculadas al objeto de estudio del presente trabajo, donde el tribunal de apelación identifica la introducción de hechos y pruebas falsas:

V. CONCLUSIONES, FUNDAMENTACIÓN, Y ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

6.5. "... sin embargo revisada la FUNDAMENTACIÓN PROBATORIA DESCRIPTIVA es decir las 14 pruebas de cargo que han sido ofrecidas y producidas por el Ministerio Público, en ninguna de ellas siquiera se hace mención alguna a la existencia de un proceso civil radicado en el referido juzgado de materia civil; luego, el Tribunal a-quo afirma que en ese proceso civil se habría obtenido una sentencia favorable a los demandantes, sin embargo ninguna de las 14 pruebas descritas por el Tribunal A-quo refiere la existencia de la indicada sentencia; posteriormente el Tribunal afirma como hecho acreditado que la referida sentencia fue confirmada por la Sala Civil Cuarta, sin embargo en ninguna de las 14 pruebas descritas se verifica alguna referencia a un auto de vista emitido por una Sala Civil del Tribunal Departamental de Justicia; asimismo, el Tribunal A-quo afirma como hecho acreditado que el acusado se ha apersonado como apoderado para solicitar la ejecutoria del auto de vista ya referido, sin embargo, en ninguna de las 14 pruebas descritas en la sentencia se hace referencia al testimonio de poder o al memorial de apersonamiento solicitando ejecutoria del mismo.

Posteriormente, el tribunal A-quo afirma que es un hecho acreditado que existe un proceso penal en contra de los padres del hoy acusado, en el cual el acusado se habría apersonado adjuntando el testimonio de declaratoria de herederos, sin embargo de la simple revisión del listado de las 14 pruebas producidas se tiene que en ninguna de ellas, en su básica descripción se hace mención a la declaratoria de herederos alguna; luego se dice por el Tribunal A-quo como hecho acreditado que el acusado ha solicitado

fotocopias legalizadas el auto de extinción de la acción penal por muerte de los acusados, sin embargo en ninguna de las 14 pruebas descritas se tiene referencia alguna a algún memorial de apersonamiento del acusado.

Nótese con absoluta claridad que este Tribunal de Alzada de ninguna manera está realizando VALORACIÓN ALGUNA DE LAS PRUEBAS QUE FUERON PRODUCIDAS EN JUICIO, ya que ni siquiera se hace mención o referencia al contenido de cada una de ellas, sino que este Tribunal de Alzada se circunscribe a la DESCRIPCIÓN de pruebas que ha sido ejecutada por el tribunal A-quo, y en esa básica descripción de las 14 pruebas, ni siquiera por asomo se hace mención por lo menos referencial a las conclusiones o hechos que el Tribunal A-quo tiene por acreditados, ya que ninguna de las pruebas descritas por el Tribunal a-quo contienen una sola palabra sobre el proceso civil al que refiere, ninguna de las pruebas descritas mencionan a declaratoria de herederos alguna, ninguna de las 14 pruebas descritas siquiera refiere a apoderado o poder alguno a favor del acusado, con lo cual se verifica que incluso la VALORACIÓN DESCRIPTIVA es defectuosa ya que lo mínimo que se esperaba era que se haga un resumen de su contenido pertinente al caso en análisis.

En otros términos, el “ANÁLISIS INTELECTIVO DE LA PRUEBA” es completamente defectuoso, por cuanto en la sentencia solo se limita a mencionar o indicar la prueba documental de cargo, sin siquiera indicar su contenido, sin embargo, pese a que dicha parte de la sentencia habla de una análisis intelectual, nada de intelectual hay en dicha sentencia, ya que esta

parte de la sentencia más se asemeja a una valoración descriptiva, puesto que no existe de ninguna forma la mención de los aspectos que le permitieron concluir la existencia de un proceso civil, la existencia de una sentencia emitida en dicho proceso civil, la existencia de un auto de vista dictado en dicho proceso civil, la existencia de un apersonamiento como apoderado del hoy acusado, la existencia de una declaratoria de herederos del acusado, la petición del acusado de fotocopias de un auto de extinción de la acción penal en un proceso de naturaleza penal. El Tribunal A-quo simplemente concluye en que tales hechos han sido acreditado, pero no indica en ninguna parte porque consideró coherente, incoherente, consistente o inconsistente, veraz o falsa la declaración contenida en las pruebas que han sido base de su determinación, debiendo dejarse constancia sobre el merecimiento o desmerecimiento de cada prueba así como su relevancia o no, menos aún existe vinculación del contenido de tales medios de prueba con las conclusiones a las que arriba al tribunal de sentencia en relación con la conducta o hecho ilícito que se le atribuye al acusado lo que significa que el Tribunal ha asumido convicción de una relación de los hechos, no del contenido y valoración de la prueba, ya que en relación a la prueba el Tribunal de Sentencia A-quo se limita a afirmar que sus afirmaciones se basan en la prueba de descargo MP-8, es decir en la sentencia no existe ese alegado análisis de la prueba por parte del Tribunal de Sentencia A-quo.

Tan evidente es esa defectuosa valoración de la prueba en relación a hechos no acreditados, que todas las afirmaciones o conclusiones del Tribunal A-quo en relación a un proceso civil, una sentencia favorable, un auto de vista, un apersonamiento como apoderado, estarían basadas según el propio Tribunal A-quo en la PRUEBA MP-8, cuyo contenido meramente descriptivo nos indica que nada tiene que ver con un proceso civil, sino que resultaría ser un auto interlocutorio de 29 de agosto de 2014 dictado por el Tribunal 8° de Sentencia Penal que declara probada una excepción de extinción de la acción penal por muerte de los acusados, lo que demuestra violación a las reglas de la lógica en su vertiente de incoherencia, ya que la prueba se refiere a un aspecto penal, pero la conclusión o hecho que se tiene acreditado por el Tribunal A-quo se refiere a un proceso civil y sus incidencias.

6.6. Si bien es cierto que en la respuesta formulada por la parte acusadora particular (véase el numeral 6 del memorial de respuesta) se afirma que debemos remitirnos a los hechos expuestos por el Ministerio Público y la acusación particular en sus respectivos pliegos acusatorios, no es menos cierto que los hechos relatados tienen que ser probados en juicio, ya que razonar en sentido contrario implicaría que todos los hechos relatados en una u otra acusación por si mismo ya se encuentran probados. Lo cual es inadmisibles en un sistema contradictorio y adversarial.

Por lo expuesto, este Tribunal de Alzada verifica que efectivamente la sentencia impugnada se encuentra basada en hechos no acreditados, falta

de acreditación de hechos que tiene directa relación con una defectuosa valoración intelectual de las pruebas, incluso con una defectuosa valoración descriptiva de las pruebas.

VI. PARTE DISPOSITIVA

POR TANTO: La Sala Penal Cuarta del Tribunal Departamental de Justicia de la ciudad de La Paz, por unanimidad de criterio de sus componentes, al amparo del segundo párrafo del Art. 411 del CPP, DECLARA ADMISIBLE EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR MAXIMILIANO HUANCA HUANCA en calidad de acusado, por haberse presentado dentro del plazo previsto por ley; y, por los fundamentos expuestos en la presente resolución DECLARA PROCEDENTES EN PARTE LAS CUESTIONES PLANTEADAS COMO AGRAVIOS POR EL ACUSADO, mérito por el cual, debido a la trascendencia de fondo del defecto de la sentencia contenido en el artículo 370 numeral 6) del CPP, ANULA LA SENTENCIA N° 11/2018, cursante a fojas 328-336 de obrados, emitida por el Tribunal Quinto de Sentencia Penal de la ciudad de La Paz, ordenando la reposición total del juicio por parte de otro Tribunal de Sentencia.

Se advierte a las partes que el presente Auto de Vista es recurrible por vía de casación dentro el plazo de cinco días de su legal notificación, ello de conformidad a lo establecido por los Arts. 416 y 417 ambos del Código de Procedimiento Penal.

En aplicación del artículo 17 numeral IV de la Ley del Órgano Judicial, se dispone la remisión de la presente determinación por ante el Consejo de la Magistratura para fines establecidos en dicha disposición legal.

Vocal relator: MSc. Yvan Cordova Castillo

Vocal de Sala: Dra. Elisa Lovera Gutierrez

REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE”

La parte acusadora particular, en tiempo hábil y oportuno, presentó el recurso de casación.

En fecha 06 de febrero de 2020 la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia dicta el Auto Supremo N° 138/2020-RA a través del cual declara admisible el recurso de casación interpuesto por la parte acusadora.

En fecha 28 de Julio de 2020 la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia resuelve en el fondo el recurso de casación interpuesto por la parte acusadora a través del Auto Supremo N° 363/2020-RRC a través del cual revuelve declarar INFUNDADO el recurso de casación, es decir confirma la decisión de la Sala Penal Cuarta del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

En fecha 07 de Julio de 2021 el proceso en cuestión es remitido ante un nuevo Órgano Penal a efectos de dar cumplimiento a la resolución dictada cuanto por el Tribunal Departamental de Justicia de La Paz cuanto, por el Tribunal Supremo de Justicia, es decir para que se celebre un nuevo juicio oral.

3.1.2. ANÁLISIS DEL CASO PRESENTADO

El caso presentado es un claro ejemplo de prevaricato de hecho, vinculado a hechos falsos y contenido falso de las pruebas que sustentan una sentencia de condena en contra de una persona, en el entendido de crear el falso contenido de una prueba de manera solapada para lograr una condena. Esto porque como se advierte, el Tribunal de Sentencia compuesto por 3 jueces técnicos han celebrado el juicio del caso analizado, y desprenden de una sola prueba, la consignada con el código "MP8" que existen un proceso civil, donde se ha emitido una sentencia, sentencia que fue confirmada por una Sala Civil, y que existe por parte del acusado un apersonamiento en este proceso con su correspondiente declaratoria de herederos. Esa supuesta MP8 no es otra cosa que una resolución consistente en un auto interlocutorio dictado por el Tribunal de Sentencia 8° que declara probada una excepción de extinción de la acción penal por muerte de los acusados. La prueba MP8 en tal virtud, no hace mención alguna a algún proceso civil tramitado en juzgado civil, tampoco refiere de forma alguna que exista una sentencia pronunciada en ese juzgado civil, menos aún refiere de manera siquiera indirecta que esa sentencia hubiera sido confirmada en una Sala Civil, y no determina de forma alguna circunstancia que permita entender la existencia de un apersonamiento del acusado con su resolución de declaratoria de herederos. Es más, el Tribunal de Apelación es muy preciso al respecto y sostiene de manera taxativa que ninguna de las 14 pruebas que fueron

introducidas al juicio hacen si quiera por asomo mención a estas circunstancias. Por lo cual, de manera manifiesta, se puede advertir que esos tres jueces en la sentencia que pronunciaron introdujeron conclusiones respecto a los hechos probados que de ninguna manera constan en los antecedentes del proceso. Para ello, han introducido un contenido falso a partir de una prueba que existe, prueba creadora de hechos inexistentes y falsos por voluntad de los jueces responsables de su pronunciamiento.

Para procurar camuflar la arbitrariedad judicial, los jueces no hicieron mayor mención al contenido de la prueba signada MP8, es más, no hicieron mayor mención al contenido de ninguna prueba como lo advierte el tribunal de apelación, por lo cual se dispuso anular la sentencia y la reposición total del juicio por parte de otro tribunal de sentencia.

No existe la valoración de las pruebas que sustentan la decisión, tampoco se ha hecho mención siquiera de cuál es el contenido de esas pruebas que sustentan sin más la sentencia, de condena, por cierto, además advierte la inexistencia de una operación intelectual en la sentencia. Aclara el tribunal de apelación que no está revalorizando la prueba, circunstancia vedada por las reglas a observarse en el tratamiento de una apelación restringida, sino que existe una valoración defectuosa de la prueba por parte del tribunal ad quo porque ni siquiera existe como tal una valoración propiamente dicha, así es como impunemente se ha logrado por parte de estos jueces introducir hechos falsos, y contenido falso de las pruebas a una sentencia, conducta por supuesto impune al no estar previsto en el Código Penal boliviano, el

prevaricato de hecho. De acuerdo a las reglas de impugnación en Bolivia propias del sistema acusatorio, el recurso de impugnación en materia penal en contra de una sentencia se habilita ante errores in procedendo o errores in iudicando, quedando las posibles causales de defectos de la sentencia establecidas en la norma con un sistema de número cerrado. Dentro del mismo en el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal se advierte como defecto de la sentencia, entre otras causales, la siguiente:

“6) Que la sentencia se base en hechos inexistentes o no acreditados o en valoración defectuosa de la prueba”.

En ese entendido, nótese que el legislador boliviano ha entendido que en caso de que un juez o tribunal cometan prevaricato de hecho, es un defecto de la sentencia que puede ser resuelto y reparado a través del recurso de apelación restringida. Sin embargo, como se ha apuntado anteriormente en el Capítulo II, aun de revocarse o corregirse la conducta delictual del tribunal ad quo por parte del tribunal ad quem, el prevaricato queda consumado, al ser un delito formal y de tracto sucesivo, con la precisión de que esta figura no es delito para el juez en Bolivia, y para el fiscal se encuentra previsto de manera parcial.

Nótese en el presente caso postulado:

- a) En fecha 10 de agosto de 2016 la acusación formal es remitida ante el Tribunal de Sentencia para desarrollar el juicio oral.
- b) El 16 de abril de 2018, pese a que no se trata de un delito complejo, no existe pluralidad de sujetos, triangulaciones internacionales, organizaciones

criminales, ni mucho menos, el Tribunal de Sentencia casi dos años después dicta la vergonzosa sentencia de condena sin pruebas, insertando hechos falsos en las conclusiones, y creando contenido falso de una prueba, para desprender de ella un sinfín de conclusiones imaginarias.

c) El tribunal de apelación dicta una resolución reparadora anulando la sentencia y ordenando la reposición total del juicio por parte de otro distinto Órgano Penal en fecha 22 de octubre de 2019.

d) El 28 de julio de 2020 se pronuncia el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia a través de su Sala Penal correspondiente, confirmando la decisión del tribunal de apelación, es decir, anular la sentencia y la reposición total del juicio por parte de otro distinto Órgano Penal.

Estos antecedentes anteriormente descritos nos permiten advertir:

a) Desde el momento en que el Tribunal de Sentencia protagonista de tan aberrante resolución recibe el proceso, hasta el momento en el que los distintos Órganos Penales llamados por ley a reparar los agravios que se han cometido, se pronuncian, es decir: la Sala Penal del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz a través del correspondiente Auto de Vista, y la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia a través del Auto Supremo correspondiente, han transcurrido 4 años aproximadamente. 4 años de perjuicio a las personas constituidas en partes en aquel proceso, como víctima y acusado respectivamente, que peregrinan y siguen peregrinando por justicia ante el Órgano Judicial producto de la irresponsable sentencia pronunciada.

- b) Una persona condenada con hechos falsos, con contenido de prueba falsa, con una sentencia carente de fundamentos y operación intelectual.
- c) Un nuevo juicio que será sustanciado por la irresponsabilidad de los responsables de la sentencia inicial.
- d) La no tipificación del delito del prevaricato de hecho en Bolivia, y el reconocerlo a su vez únicamente como un defecto de la sentencia en materia penal que puede habilitar a la apelación restringida comporta una invitación a los jueces para cometer prevaricato de hecho, lo cual implica dejar impunes y sin sanción a los responsables de todos los perjuicios descritos.
- e) Crear hechos que no existen, crear pruebas o darles un contenido distinto, es actuar en contra de todo lo que se ha apuntado en el Capítulo II con relación a los lineamientos establecidos en la Constitución, la Ley del Órgano Judicial, y para el caso del fiscal también en contra de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Es actuar en contra de los principios de legalidad, de honestidad, del debido proceso, la seguridad jurídica, la verdad material, la tutela judicial efectiva, los principios ancestrales reconocidos en la Constitución: Ama Sua (No seas ladrón), Ama Llulla (No seas mentiroso), Ama Quella (No seas flojo), entre otros. Es lesionar la tutela judicial efectiva y la función judicial como bien jurídicamente protegido vinculado al servicio que debe prestar el Estado a las personas que acuden ante la justicia para la solución de sus controversias de forma pacífica a la luz de la cultura de paz que manda la Constitución.

f) El tribunal de apelación no puede revalorizar la prueba, en ese entendido, ante él deberá acreditarse en tal virtud de manera objetiva la introducción de hechos y pruebas falsas que no responden a los antecedentes de un proceso y presentar los agravios a la luz del artículo 370 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal.

g) El Estado boliviano no está cumpliendo con compromisos internacionales. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción en su artículo 11 ha establecido el deber de los Estados Parte de adoptar medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial, y lo mismo para el Ministerio Público. Al entender al prevaricato de hecho solo como un defecto de la sentencia, pese a todo el perjuicio que provoca, paradójicamente por parte de los servidores públicos vinculados al ámbito de la administración de justicia llamados a cumplir y hacer cumplir la Constitución, Bloque de Constitucionalidad y la Ley, no tipificarlo como delito, es un ámbito de injusticia y de impunidad.

h) Entonces, bajo estos antecedentes es necesario que el Estado boliviano incluya en el delito de prevaricato, además, la figura del prevaricato de hecho en todas las formas que pueda presentarse para evitar, como se ha visto, más personas condenadas sin pruebas, más sentencias irresponsables de jueces que no observan de forma alguna lo establecido en la Constitución y las leyes, más juicios que tengan que reponerse por la introducción de hechos y pruebas falsas.

3.2. ENTREVISTAS

De acuerdo al perfil de tesis aprobado, se ha previsto la realización de entrevistas a personas vinculadas a la administración de justicia y a la academia, al ser el objeto del presente trabajo investigativo un tema especializado, proponiéndose la inclusión del prevaricato de hecho en la normativa penal boliviana. En ese entendido se ha realizado las entrevistas correspondientes a tres personas vinculadas tanto a la administración de justicia como al ámbito académico, reuniendo todos, ambas cualidades. Las personas entrevistadas son: Prof. Dr. Matías Bailone de Argentina, un intelectual a nivel latinoamericano con amplia trayectoria académica que se expone en anexos, y vinculado también a la justicia argentina en su rol de Secretario Letrado de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, quien honra y cualifica el desarrollo del presente trabajo con su colaboración; y, los profesionales bolivianos: Yvan Córdova Castillo y Félix Peralta Peralta, quienes han ejercido las funciones de Fiscal de Materia y jueces del área penal del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, además de docentes del área penal de pregrado y postgrado. Las entrevistas desarrolladas, el audio respectivo y su correspondiente transcripción se encuentran en los anexos del presente trabajo.

El Profesor Matías Bailone, consultado que fue al respecto de la temática planteada, puso bastante énfasis, citando casos en concreto de la justicia argentina, de la necesidad de, sí, incluir el prevaricato de hecho en la

legislación boliviana, pero hacerlo con sumo cuidado. Porque, citando al Profesor Zaffaroni, sostiene que los tipos penales son como las armas, y estas las carga el diablo, es decir, uno no sabe cuándo van a dispararse y contra quien, y que la historia y las experiencias descritas, muestran como la figura del prevaricato ha sido utilizada contra jueces con no otra finalidad que “disciplinar” y condicionar la independencia del juez, a este efecto cita el caso del juez Baltazar Garzón en España así como la experiencia del autor del presente trabajo con relación a la persecución que sobre él se ejerció en un gobierno anterior en Bolivia.

Relacionado al ámbito de la justicia, también sostiene como por las estructuras muchas veces anquilosadas del Órgano Judicial, los jueces se aferran a un statu quo, de alguna forma hasta sabotean las reformas y las designaciones de jueces, la incidencia del “decisionismo” político en las decisiones de la justicia, y por estas características la justicia de los países termina siendo muchas veces, al menos en el caso argentino de acuerdo a lo que sostiene el Profesor, el lugar más antidemocrático dentro de un Estado.

Con esas precisiones, coincide con el autor del presente trabajo en que, de acuerdo a la redacción actual del delito de prevaricato en el Código Penal boliviano, el prevaricato de hecho no se encuentra previsto para el juez, y sí, virtud de las últimas reformas, parcialmente incluido para el fiscal con relación a emitir un requerimiento conclusivo basado en pruebas falsas. Que si se hace necesaria su inclusión al Código Penal boliviano porque coadyuvaría a fortalecer a la Administración de Justicia como bien

jurídicamente protegido y a la tutela de los derechos de las personas que acuden por justicia ante el Órgano judicial, sea en la condición que sea, pues, sostiene que la no previsión de la figura del prevaricato de hecho en el Código Penal boliviano deja en un estado de indefensión a esas personas porque el Estado y el Órgano judicial no pueden defenderlos ante una situación de tremenda injusticia.

La segunda persona entrevista, fue consultada respecto a la figura del prevaricato y más en concreto a la diferencia entre el prevaricato de derecho y el prevaricato de hecho. Circunstancia que reconoció llamarle la atención pues en la legislación boliviana no se encuentra vigente el prevaricato de hecho. Estando contemplado si, en la legislación boliviana el prevaricato de derecho, vinculado a la Constitución, Bloque de Constitucionalidad y la ley. Sin embargo, respecto al prevaricato de hecho, el Juez emite dicha determinación basada en hechos falsos, en hechos no existentes, en hechos que no existen pero que los hace constar el Juez en el contenido de su resolución. Refiere que el prevaricato de hecho no está contemplado en la legislación, limitándose el mismo al prevaricato de derecho, aunque si se encontraría actualmente legislada únicamente para el fiscal de manera indirecta, conforme a las últimas reformas legislativas.

Propiamente dicho sostiene que no podría hablarse de impunidad al no estar contemplada esta conducta como delito en el Código Penal. Consultado también que fue al respecto de las consecuencias para las personas que acuden ante la justicia sea como demandantes o demandados que el

prevaricato de hecho no se encuentre legislado refirió que todas las personas tienen el derecho a la tutela judicial efectiva, y si en una resolución se introduce un dato falso se está quebrando ese derecho a la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia y una justicia material de las personas.

La tercera y última persona entrevistada también refirió que la legislación boliviana no ha previsto como delito al prevaricato de hecho sino únicamente al prevaricato de derecho, entendido como la decisión de un juez basado en circunstancias, en hechos fácticos que no se hubieran producido, por ejemplo: decir que se hubiera realizado una inspección técnica ocular cuando en realidad no se habría realizado la misma, entonces la base sería un hecho que no ha ocurrido. Para el segundo entrevistado la no configuración de este delito en el Código penal boliviano genera una especie de impunidad pues la conducta de los juzgadores no podrá perseguirse por el principio de legalidad. Consultado que fue respecto a las consecuencias para las personas de esta no previsión del prevaricato de hecho en la legislación boliviana sostiene que afecta al principio de seguridad jurídica, porque las personas van con la idea de que sus pretensiones van a ser atendidas conforme a la norma, y al no estar contemplado el prevaricato de hecho afecta a la seguridad jurídica en el marco de la previsibilidad que tienen los justiciables. Por último, considera un acierto la inclusión del prevaricato de hecho en el Código penal pues posibilitaría que se conozca con precisión cuáles acciones son las que encuentran prohibidas y emitir una decisión basada en hechos que no existen o que son falsos serían sancionados por lo

tanto sería contribuir con la seguridad jurídica que debe regir en un ámbito de justicia.

CAPÍTULO IV

MARCO PROPOSITIVO

4.1. ANTEPROYECTO DE LEY CONTRA LA PREVARICACIÓN JUDICIAL Y FISCAL

Exposición de Motivos

En la coyuntura presente, y desde un tiempo atrás, sopesa sobre el ámbito de la justicia boliviana críticas de diversa índole que han desembocado en la falta de confianza del pueblo boliviano en sus operadores de justicia, en sus jueces, en sus fiscales, incluso en sus propios abogados y profesionales que les asisten. Existe un estigma que recae sobre la justicia boliviana, producto de acusaciones de hechos de corrupción, sobornos, consorcios delincuenciales manipulando la justicia gracias al poder del dinero para quienes trabajan. Las cárceles del país se encuentran totalmente abarrotadas de personas carentes de recursos, con formación básica o sin ella, mientras que los peces gordos del narcotráfico y los delincuentes de cuello blanco se encuentran campantes ostentando la impunidad de sus actos y su poder económico y político. La sociedad boliviana considera que los operadores de justicia carecen de ética, de honestidad, y de compromiso para con la justicia, para con la gente, viendo en los mismos a extorsionadores dispuestos a prostituir la justicia. La ignorancia y falta de especialización de los mismos, entiéndase no solo de jueces, también de

fiscales, e incluso policías, abogados, y otros vinculados a este ámbito fortalece la desconfianza del pueblo boliviano en el sistema de justicia de este país.

La retardación de justicia mantiene a las personas peregrinando por años en busca de una sentencia que ponga fin a sus conflictos y encuentren la solución pacífica a sus controversias, pero la misma no llega, tarda, y cuando llega no es justa, es torcida y es corrupta, y justicia que tarda no es justicia.

Producto de todo ello, las víctimas, acusados, condenados, acuden a los medios de comunicación, a altas autoridades del Estado, para sentir un poco de protección ante la vulneración de sus derechos y la negativa de resolver sus controversias por parte de las autoridades de la justicia. Por ello, se han asociado, se han unido, y han constituido asociaciones de víctimas, para no sentirse solas, y apoyarse mutuamente y así encarar frontalmente la lucha directa contra la corrupción y la retardación de justicia.

Además de todo lo descrito, tampoco se puede obviar que, dadas las características de la sociedad y la política boliviana, la justicia no está libre de presiones indebidas. La presión de los mismos medios de comunicación social que con su poder masivo de comunicación pueden crear realidades y pretender vincular al juez o al fiscal para que actúen en consecuencia. Los políticos tampoco son ajenos a lo descrito. Por muchas veces ventilarse procesos judiciales con interés gubernamental o interés político partidario, buscan incluir y vincular a las autoridades de la justicia a esos intereses, muchas veces bajo amenaza pública, otras comentando públicamente su

censura a las decisiones cuando estas no son de su antojo, ejerciendo presión sobre los tribunales de apelación, procesando a los mismos cuando estos se aparten de caprichos de otra índole que no sea la estrictamente constitucional o legal. Los mismos lobbies judiciales constituidos con no otro afán de presionar e incidir socialmente en las decisiones de los jueces y de los fiscales.

Esto revela, que jueces y fiscales, no siempre prevarican y se corrompen por el poder del dinero, muchas veces prevarican y se corrompen gratuitamente por ceder a las presiones sociales, político-partidistas, mediáticas, u otras, con no otra finalidad de no ser cuestionados por la opinión pública, no ser denunciados ante las amenazas, por ello tuercen el derecho, inventan hechos, crean contenido inexistente de las pruebas, para no ver arriesgado su cargo y la estabilidad en el ejercicio del mismo. Otras veces, no lo hacen ni por dinero ni por las presiones indebidas, sino por ignorantes, tuercen la ley porque ni siquiera conocen o comprenden la ley que están pretendiendo aplicar, y esto ocurre porque jueces y fiscales, no siempre son los mejores profesionales los que ejercen esos cargos, sino muchas veces responde el ejercicio de su función a padrinazgos, a corrupción, etc.

Los jueces o fiscales, cuando tuercen el derecho, cuando crean hechos o pruebas falsas, sea por dádivas o ventajas, sea de forma gratuita por ceder a presiones de diversa índole, sea por ignorancia, porque no conocen las leyes que están aplicando, deben ser sancionados. Todas estas conductas no están previstas como delito en el Código Penal boliviano, pero si se

encuentran así previstas como delictuales en la legislación comparada. El prevaricato de derecho y el prevaricato de hecho son figuras delictuales reconocidas por el saber jurídico penal y por las legislaciones de países vecinos y europeos, más, sin embargo, no se encuentran legislados en Bolivia. El no tipificar estas formas de prevaricación judicial o fiscal es una invitación a los jueces y fiscales a delinquir con carta blanca a la injusticia, a la retardación y a la corrupción.

La no tipificación de estas conductas es una tarea pendiente urgente. No es un descubrimiento la ausencia de estos elementos constitutivos del tipo del prevaricato en la ley boliviana, ya el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, a través del Auto Supremo N° 325/2019-RRC de 08 de mayo de 2019 ha establecido y reconocido que la resolución basada en hechos falsos, si bien se encuentra reconocida como prevaricato en la doctrina penal, no se encuentra legislada como delito en el Código Penal boliviano.

Hasta antes de las reformas del 2021 y 2022, la legislación penal boliviana tipificaba lo que se conoce como el prevaricato de derecho, es decir, la resolución dictada por el juez manifiestamente contraria a la ley. Aquella redacción ha sido calificada de manera significativa al incluir la vinculación de juez y fiscal boliviano no solo a la ley, sino también a la Constitución Política del Estado y al Bloque de Constitucionalidad para configurar el delito de prevaricato. Esto responde, a un mandato normativo constitucional establecido en los artículos 13, 256 y 410, que vincula a todos, entiéndase, juez, fiscal, servidor público, persona natural, jurídica, etc., primordialmente a

la Constitución y al Bloque de Constitucionalidad. Esto comporta el deber de jueces y fiscales a tiempo de resolver, requerir o sentenciar, que, la interpretación que realicen deben desarrollarla a partir, desde, y conforme la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, siendo esta de prioritaria y preferente aplicación en lo que concierne a derechos más favorables y a los Derechos Humanos. También, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional ha confirmado este entendimiento. Es por ello, que esa vinculación del juez y del fiscal a la Constitución y al Bloque de Constitucionalidad además de la ley, es una virtud de la legislación boliviana, que no se encuentra aún en la legislación comparada, y debe por estos motivos mantenerse esa vinculación en la nueva redacción.

El prevaricato de derecho, ahora, en el caso boliviano comporta en tal virtud la resolución contrapuesta de manera manifiesta a la Constitución, Bloque de Constitucionalidad, o la ley. El prevaricato de derecho en la legislación comparada, a decir, el caso español, ha previsto también la forma culposa de aparición de este delito, cuando por imprudencia grave o ignorancia inexcusable se cometa el delito de prevaricato de derecho. Esto no ha comportado en el caso español la imposición de penas drásticas o privativas de libertad, en la legislación española únicamente se prevé la sanción de inhabilitación especial, circunstancia que debe ser también incluida en la legislación boliviana, toda vez que ese juez o fiscal que prevarica contra el derecho, no por corrupto, no porque ha recibido dinero o beneficios, sino por ignorante, no ofrece, siendo garante de la ley, seguridad jurídica, por ello es

necesario, no tenerlo preso por su ignorancia o por su imprudencia grave, sino inhabilitarlo del cargo como medida proporcional.

El prevaricato de hecho, ha trascendido ya en las legislaciones de Argentina, Costa Rica y Perú, entre otros. En el caso boliviano, se ha incluido el prevaricato de hecho únicamente para el fiscal de manera parcial, y no así para el juez, siendo este aun más importante pues al ser el árbitro de la contienda judicial, termina definiendo y dando la última palabra respecto a la controversia que ante él se plantea. Cuando se habla de juez se habla de toda autoridad jurisdiccional, independientemente de su rol o función, es decir, bien puede cometerlo un juez instructor, hasta un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia en el ejercicio de sus funciones. Es necesario, readecuar también la redacción del prevaricato de hecho para el fiscal, debiendo incluirse también los hechos falsos como elemento constitutivo del tipo, y ampliar su aplicación al juez.

El prevaricato de hecho en la legislación comparada no ha previsto la forma culposa de su comisión. La realidad boliviana, refleja que se presentan casos evidentes de introducción de hechos y pruebas falsas en las sentencias, como sustento de las mismas, esto de manera impune por parte de los jueces porque no se ha contemplado aun esta conducta como delito. En caso de tipificarse únicamente el delito doloso y no culposo, será también una excusa que genere impunidad en la conducta de los jueces. Por ello, si bien no se ha podido identificar en la legislación comparada la figura del prevaricato culposo respecto al prevaricato de hecho, es necesario

introducirlo como respuesta a hechos que se presentan en la realidad, y así también dar cumplimiento a lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción respecto a las medidas relativas al Poder Judicial y al Ministerio Público, que en su artículo 11 establece que los Estados Parte adoptarán medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del Poder Judicial, y del Ministerio Público.

Al prever todas las formas de aparición del prevaricato, el Estado boliviano está cumpliendo con lo establecido en la Convención. Asimismo, está respetando el principio de proporcionalidad pues el prevaricato de hecho y de derecho, culposos, serán sancionados bajo ese enfoque, es decir no con una pena privativa de libertad sino con la inhabilitación especial. La previsión de la forma culposa de la prevaricación de hecho y de derecho, comporta además una función de motivación a los jueces y fiscales, para que en el ejercicio de sus funciones impriman la diligencia debida, el cuidado debido, objetivo y subjetivo, se formen y especialicen cada vez más para un adecuado ejercicio de su función.

La legislación boliviana hasta aquí había previsto circunstancias agravantes vinculadas al daño económico, a delitos de feminicidio, infanticidio, y violación de infante, niño, niña, adolescente, cuando el prevaricato se dicte en proceso penal cuyo resultado sea una sentencia de condena, cuando se aplica la detención preventiva de forma ilegal. Circunstancias acertadas que deben mantenerse, pero a su vez corregirse y reconducirse al principio de

proporcionalidad. También, debe corregirse la omisión de la circunstancia agravante incluida por la Ley No. 548 del año 2014 que hacía referencia a sector vulnerables, niños, niñas, adolescentes, y restituirla, pues las últimas reformas de 2021 y 2022, sin fundamento alguno, obviaron su inclusión. Asimismo, debe incluirse una circunstancia agravante cuando se advierta que detrás del prevaricato se encuentran beneficios y dádivas, es decir, hechos de corrupción propiamente dichos, pues en caso de ser este el móvil para torcer el derecho o los hechos, recae sobre la conducta del autor un mayor juicio de desvalor.

Analizando la legislación comparada llama la atención y preocupa que en Bolivia el prevaricato es sancionado con mayor drasticidad. Y esto puede responder a dos posibilidades: o, es una medida legislativa adecuada, o simplemente es lo que decía el Profesor Cancio Meliá respecto al derecho penal simbólico y el afán de mostrar a un supuesto legislador atento y decidido en la lucha contra el delito con afanes distintos a los estrictamente jurídicos. En efecto, responde a lo segundo. Como se ha podido advertir en el estudio de la legislación comparada, en Argentina y en España el prevaricato sin que concurren circunstancias agravantes ni siquiera cuenta con penas privativas de libertad. Mientras que, en Bolivia, el prevaricato sin circunstancias agravantes, comporta la pena privativa de libertad de cinco a diez años, además de multa e inhabilitación. Lo descrito, resulta desproporcional a la luz del análisis comparativo. Si bien se advierten bondades en la redacción del prevaricato boliviano que han sido descritas, la

mayor falencia de esta son los marcos penales incongruentes y desproporcionales. Se llega a esta conclusión, toda vez que la sanción más drástica para este delito en Bolivia, sería la aplicación de la agravante con relación al prevaricato en delitos de feminicidio, violación de infante, niño, niña o adolescente, e infanticidio, pues su sanción es la privación de libertad de ocho a veinte años. De un análisis de la normativa interna, esta agravante parece estar equiparada al marco penal del delito de homicidio previsto en el Código Penal, pues la acción dolosa de matar a otra persona es sancionada con pena privativa de libertad de diez a veinte años. De tal forma, es evidente que para estos delitos referidos pueda considerarse agravar la pena del prevaricato, pero, la misma debe ser realizada de manera proporcional, y reconducir los marcos penales al principio de proporcionalidad. Esta agravante a la luz de esta comparación no tiene otro fundamento que la desproporcionalidad, tampoco existen exposiciones de motivos respecto al marco penal y a las agravantes desproporcionales del delito en cuestión. No resulta congruente equiparar una acción dolosa de matar a una persona con el dictado de una resolución constitutiva de prevaricato. Cualitativamente, son muy distintas, y su correspondiente sanción debe responder a esas diferencias cualitativas. No puede sancionarse de una forma tan desproporcional un delito, a riesgo de lesionar la misma dignidad humana, lo cual no puede ser admitido en un Estado de Derecho. Tampoco puede pretender hacerse responsable al juez o fiscal de conductas posteriores asumidas por las personas sometidas a procesos penales, a riesgo de estar

restituyendo de manera solapada la punición del delito preterintencional, lo cual se encuentra vedado por las modernas corrientes doctrinas del Derecho Penal, pues, de no existir vínculo psicológico (dolo o culpa) entre una conducta y un resultado, este no puede recaer dentro del ámbito de protección de la norma jurídico penal. En ese mérito, si bien la agravante referida, debe existir, pues el Estado boliviano ha asumido como prioridad de Estado el garantizar a las mujeres una vida libre de violencia física, psicológica, sexual. No existe una adecuada concepción del alcance del dolo, y esto habilita a la sanción desproporcional de la agravante en concreto. Ello puede ser explicado a partir de un análisis comparativo interno del Código Penal, tal es el caso del artículo 255 del Código Penal que tiene por nomen iuris: Homicidio en Prácticas Deportivas. En el mismo se sanciona la muerte ocasionada de una persona en práctica deportiva autorizada, cuando esta es cometida con evidente infracción de los respectivos reglamentos del deporte. Esta conducta descrita, es sancionada con reclusión de seis meses a dos años, sanción que responde no a otra cosa que al alcance del dolo que no es otro que la ventaja deportiva. No existe en la agravante ni en la punición del prevaricato, un adecuado análisis del alcance del dolo, por ello, la punición es desproporcional y es la más drástica en comparación con la legislación comparada.

En el caso de la agravante incluida por la Ley No. 1443 no existe una vinculación del dolo con resultados que pudieran presentarse y que la autoridad al cometer el prevaricato posiblemente ni se ha representado. Esto

permite concluir que, si debe advertirse una agravante por el tratamiento de los delitos vinculados a sectores vulnerables y a la prioridad de Estado de erradicar la violencia hacia la mujer, pero debe realizarse la agravación de la pena con estricta sujeción y observancia al principio de proporcionalidad.

Por lo expuesto, la presente Ley tiene por objeto el fortalecimiento de la persecución penal vinculado a la prevaricación judicial y fiscal, toda vez que esta forma de delinquir no está tipificado en todas sus formas de aparición en el ámbito de la realidad, dejando así impunes conductas criminales propias de la función judicial y fiscal, dejando al desamparo a las personas, hombres y mujeres, niños, niñas, adolescentes, sectores vulnerables, personas de la tercera edad, indígenas, originarios, campesinos, afrobolivianos, interculturales, que acuden ante los tribunales de justicia del país en busca de justicia, pero que muy al contrario encuentran corrupción, injusticia, retardación y prevaricación. Para garantizar a los y las bolivianas un acceso a la justicia, justa, responsable, idónea, honesta, observando nuestros valores ancestrales previstos en la Ley Fundamental, para que los operadores de justicia, resuelvan observando la Constitución, Bloque de Constitucionalidad y la ley, aplicándola, y siendo responsable de sus acciones y omisiones.

Así, se tiene previsto para estas formas de comisión de este delito aparejado un adecuado marco penal que permitan alcanzar la prevención general, generando así que los operadores de justicia, con esta amenaza simbólica

se aparten de la comisión de estos delitos para no sopesar las consecuencias punitivas previstas en la norma jurídico penal.

Se prevé la forma de comisión dolosa del delito lo cual permite imponer un marco penal significativo en el autor, por su conocimiento y voluntad de resolver de forma contraria a la Constitución Política del Estado y la Ley, sobre lo cual sopesa un significativo juicio de desvalor sobre la acción, sobre el resultado y sobre el autor.

En la inclusión del prevaricato de hecho se incluye los verbos “apoyar” y “fundar” la decisión del juez o fiscal en pruebas o hechos falsos para describir el comportamiento prohibido, y que permita distinguir la relevancia de la cita que debe sustentar la decisión del juez o fiscal, no siendo suficiente la mera enunciación en caso de que esta no trascienda en la parte dispositiva de la decisión.

TÍTULO ÚNICO

CAPÍTULO UNO

Artículo 1. (Modificación al Código Penal). Se modifica la redacción del artículo 173 del Código Penal boliviano, quedando este redactado de la siguiente manera:

Artículo 173. (PREVARICATO DEL JUEZ O FISCAL). El juez o fiscal que en el ejercicio de sus funciones dictare resolución o requerimiento conclusivo manifiestamente contrario a la Constitución Política del Estado, al Bloque de Constitucionalidad o a la Ley, o se apoyare en pruebas o hechos falsos para

fundarlas, será sancionado con privación de libertad de dos (2) a cuatro (4) años e inhabilitación.

El juez o fiscal que por ignorancia inexcusable o por imprudencia dicte resolución manifiestamente contraria a la Constitución, al Bloque de Constitucionalidad o a la Ley, o se apoyare en pruebas o hechos falsos para fundarlas, será sancionado con inhabilitación.

Si como resultado del prevaricato en proceso penal se condenare a una persona inocente, se le impusiere pena más grave que la justificable, se aplicare ilegítimamente la detención preventiva, se afecte de manera concreta derechos fundamentales de niñas, niños o adolescentes, o causare daño económico al Estado, la pena será agravada en un tercio a la establecida en el párrafo anterior.

Cuando el prevaricato se cometa en un proceso penal por delitos de feminicidio, infanticidio, violación de infante, niña, niño o adolescente, o asesinato, o el prevaricato hubiera sido cometido por un beneficio indebido, la pena será de privación de libertad de cuatro (4) a ocho (8) años, e inhabilitación.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- En el desarrollo del presente trabajo se ha postulado desde un primer momento que el prevaricato de hecho no se encuentra previsto como delito en Bolivia. Esto ha sido confirmado a la conclusión del presente estudio a partir de la entrevista que se ha realizado al Profesor argentino Matías Bailone, y, a los especialistas vinculados a la cátedra universitaria de pre y post grado del área penal que además desempeñaron como fiscales y jueces penales en Bolivia, quienes a la consulta respondieron de manera categórica que el prevaricato de hecho no se encuentra previsto en el Código Penal boliviano para el juez.
- A mayor abundancia, se confirma la no tipificación del delito del prevaricato de hecho en el Código Penal boliviano para el juez, pues el Auto Supremo N° 325/2019-RRC de 08 de mayo de 2019 emitido por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, en la doctrina legal aplicable anteriormente citada reconoce a los “hechos falsos” como elemento constitutivo del delito de prevaricato en la doctrina pero que el mismo no se encuentra previsto así en la normativa boliviana.

- Las dos últimas reformas del delito de prevaricato de las gestiones 2021 y 2022, han incluido como sujeto activo del delito de prevaricato al fiscal. Han ampliado la vinculación del juez y del fiscal no solo a la ley, sino también a la Constitución y al Bloque de Constitucionalidad. Y, asimismo se ha incluido el prevaricato de hecho de manera parcial como forma de comisión de este delito únicamente para el fiscal.
- La vinculación del juez y fiscal a la Constitución y al Bloque de Constitucionalidad es un elemento peculiar de la legislación boliviana y no así de otras legislaciones. Lo cual se considera un acierto, pues responde el mismo a lo dispuesto en la Constitución al vincular a toda persona, natural o jurídica, institución pública, órgano público, etc., a la Constitución y al Bloque de Constitucionalidad, debiendo por ello, jueces y fiscales realizar la labor de interpretación desde y conforme a la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, siendo de aplicación preferente en caso de prever derechos más favorables en lo que concierne a Derechos Humanos.
- A tiempo de postular el objeto del presente trabajo, el legislador boliviano incluyó en las últimas reformas el prevaricato de hecho, de manera parcial, únicamente para el fiscal. La fuerza de los hechos y la realidad, permite concluir que la hipótesis ha sido demostrada, porque el legislador boliviano ha terminado incluyendo el prevaricato de

hecho, si bien solo para el fiscal, es aún una labor pendiente la inclusión de esta figura también para el juez.

- En la Fundamentación Práctica se ha efectuado el análisis de un caso en concreto que se ha presentado en la realidad judicial de Bolivia, donde se advierte la introducción de hechos falsos y contenido falso de la prueba que desembocan en conclusiones totalmente antojadizas para sustentar una sentencia de condena, misma que posteriormente los tribunales de apelación anularon y ordenaron la reposición total del juicio por otro Órgano Penal, lo cual confirma que la propuesta planteada responde a una realidad que se presenta en la justicia.
- También se ha podido corroborar que el prevaricato de hecho se encuentra previsto en la normativa boliviana, pero no como delito, sino en materia penal como un defecto de la sentencia a ser subsanado y que habilita a la apelación restringida. Esto determina que el legislador boliviano resulta siendo bastante tolerante y permisivo al prever que el introducir hechos falsos o pruebas falsas en una resolución por parte de autoridades constituidas en garantes de la Constitución y la ley, sean simplemente un defecto a ser subsanado sin mayor consecuencia jurídica negativa por este obrar vergonzoso.
- El caso analizado también permite identificar los perjuicios que genera la no tipificación del delito de prevaricato de hecho para el juez: a) personas condenadas sin pruebas b) retardación de justicia: etapas

recursivas que subsanan el “defecto de la sentencia”, la reposición de un nuevo juicio que mantiene a las partes en vilo c) impunidad absoluta de los jueces responsables d) inseguridad jurídica e) lesión de la función judicial y administración de justicia como bien jurídicamente protegido f) desconfianza fundada de la sociedad en la justicia boliviana

- En la legislación comparada, a partir del análisis de la tipificación del delito objeto del presente estudio, se puede concluir que, Argentina, Perú y Costa Rica, tienen ya incluido en su normativa penal vigente al prevaricato de hecho doloso. No se ha previsto en la legislación comparada como delito la forma culposa de la comisión del prevaricato de hecho.
- Se advierte que en Bolivia el prevaricato es sancionado con mayor drasticidad, lo cual raya en lo desproporcional. Mientras que, en Argentina y España, el prevaricato sin agravantes es sancionado sin penas privativas de libertad, en Bolivia la sanción del prevaricato sin agravantes es de pena de privación de libertad de cinco a diez años, multa e inhabilitación. Concurriendo agravantes puede llegar a imponerse una pena privativa de libertad hasta de veinte años, un marco penal casi similar al delito de Homicidio.
- El prevaricato de derecho culposo se encuentra previsto en la legislación española como delictual más no prevé como sanción una










pena privativa de libertad, sino de inhabilitación. Mientras que en Bolivia el prevaricato culposo no se encuentra previsto como delito en su normativa, siendo esta también una tarea pendiente del legislador.

- Por las conclusiones anteriormente expuestas, demostrado que fue que el prevaricato de hecho es una realidad que se presenta en los hechos, los perjuicios que se genera a las partes dentro de una contienda judicial al introducir hechos y pruebas falsas, la lesión efectiva de: la legalidad, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, la administración de justicia como bien jurídico protegido, permiten confirmar la necesidad de incluir como delito al prevaricato de hecho en la legislación boliviana.
- Se recomienda a la Asamblea Legislativa Plurinacional considerar el presente trabajo de investigación y la propuesta que en ella se encuentra inserta, es decir, tipificar el delito de prevaricato de hecho, pues ello permitiría fortalecer la administración de justicia como valor de relevancia constitucional, resguardar los derechos y garantías mínimas de las personas que acuden ante la justicia pretendiendo acceder a la tutela judicial efectiva, la protección de sus derechos, y la solución pacífica de sus controversias.
- De acuerdo a lo previsto en la Ley del Órgano Judicial se recomienda al Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, habiendo el mismo ya identificado la falta de tipificación del prevaricato

de hecho en la normativa, presentar proyecto de Ley a la Asamblea Legislativa Plurinacional proponiendo su necesaria inclusión.

- Se recomienda a la Escuela de Jueces del Estado cuanto a la Escuela de Fiscales del Estado, la capacitación de jueces y fiscales en el ámbito de los Derechos Humanos y el Bloque de Constitucionalidad, pues, de acuerdo a la actual previsión del delito de prevaricato, cometen este delito en caso de resolver o requerir en contraposición a los dispuesto en la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

-  **BUOMPADRE**, Jorge. 2011. *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1° Edición.
-  **CABANELLAS**, Guillermo. 1989. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI*. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 21° Edición.
-  **CREUS**, Carlos. 1990. *Derecho Penal Parte Especial Tomo 2*. Buenos Aires, Editorial Astrea.
-  **FERREIRA DELGADO**, Francisco. 1985. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Editorial Temis Librería.
-  **FERRER BARQUERO**, Ramón. 2003. *El Castigo del Juez Injusto: Un Estudio de Derecho Comparado*. Miami, Florida, Centro Para la Administración de Justicia de la Universidad Internacional de la Florida.
-  **FONTAN BALESTRA**, Carlos. 1985. *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.
-  **FUENTELESZ OVIEDO**, Mauricio. 2007. *Código Penal*. Cochabamba, Editorial Kipus.
-  **MONTES OLAVARRIETA**, Leónidas. 1963. *De la Prevaricación de Abogados y Procuradores*. Santiago, Editorial del Pacifico.
-  **MORALES GUILLEN**, Carlos. 1993. *Código Penal Concordado y Anotado*. La Paz, Editorial Gisbert.

- 📖 **MUÑOZ CONDE**, Francisco. 2007. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.
- 📖 **MUÑOZ**, Francisco y **GARCIA**, Mercedes. 2004. *Derecho Penal Parte General*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.
- 📖 **OSSORIO**, Manuel. 1986. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Montevideo, Editorial Obra Grande.
- 📖 **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA 300 AÑOS**. 2014. *Diccionario de la Lengua Española*. Lima, Espasa Libros.
- 📖 **ROXIN**, Claus. 2010. *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, Editorial Civitas.
- 📖 **SALAZAR**, Alonso. 2008. *El Delito de Prevaricato en el Derecho Penal Costarricense*. San José, Revista de Ciencias Jurídicas N° 117 de la Universidad de Costa Rica.
- 📖 **VILLAMOR LUCIA**, Fernando. 2007. *Derecho Penal Boliviano Parte Especial Tomo II*. La Paz, Impreso en Inspiración Cards.
- 📖 **VILLAMOR LUCIA**, Fernando. 1999. *Comentarios y Adecuación a la Reforma de las Leyes Penales*. La Paz, Editorial Popular.