

## **1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO**

Bolivia desde hace más de veinte años atrás ha ingresado en una serie de modificaciones normativas al Código Procesal Penal y al Código Penal; (en adelante CP). Primero con la puesta en vigencia del Sistema Acusatorio Penal y segundo con una serie de modificaciones al Código Penal la últimas emergente de la ley 1390 de 31 de agosto de 2021 que modifica el tipo penal de "prevaricato" cambiando su naturaleza jurídica tal como ocurre con el delito de Prevaricato tipificado en el Art. 173° del C.P., norma penal que hasta antes de la promulgación de la Ley 1390 establecía como sujeto activo únicamente al Juez, la modificación de este tipo penal determina que ahora son sujetos activos del tipo penal tanto el Juez como el Fiscal.

Este trabajo de investigación, realiza un estudio profundo del cambio de naturaleza penal del tipo penal de prevaricato en Bolivia. No tanto en lo que se refiere a la adición de otro sujeto activo como es el Fiscal (que también resulta un contrasentido o irregularidad académica permitir que los Fiscales que son parte del proceso penal emitan resoluciones e incluso respecto de ellos se abra el sistema impugnatio ante autoridades que no son judiciales), sino propiamente al cambio de naturaleza jurídica del tipo penal que anteriormente únicamente tipificaba como conducta prevaricadora la emisión dolosa de Resolución Judicial contraria a la Constitución y las Leyes. Ahora con el cambio normativo a través de la Ley 1390 cambia el tipo penal su naturaleza jurídica abarcando la posibilidad de que el Juez o Fiscal "utilice o incorpore en el proceso a su cargo medios de prueba o pruebas falsas o ilícitamente obtenidas sabiendo que lo son". Esta adhesión se considera aberrante porque el tipo penal se aleja de su prohibición especial que es la emisión de resoluciones judiciales o fiscales manifiestamente contrarias a la Constitución Política del Estado o a las normas que emerjan del bloque de

constitucionalidad o las leyes haciendo lo que estas prohíban o el incumplimiento doloso de mandatos legales específicos. En consecuencia, este trabajo de investigación pretende demostrar la incorrecta modificación del delito de prevaricato de la Ley 1390 ya que la última modificación del delito de prevaricato por Ley 1443 modifica simplemente el *quantum* de la sanción cuando se trata el proceso penal cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes.

Además, el presente trabajo de investigación pretende demostrar la errónea modificación del Art. 173° del C.P. emergente de la ley 1390 de 31 de agosto de 2021 que modifica varios tipos penales unos cambiando su penalidad en forma favorable al condenado y otros agravando la sanción. Finalmente otros cambiando su naturaleza jurídica tal como ocurre con el delito de prevaricato tipificado en el Art. 173° del C.P. norma penal que hasta antes de la promulgación de la Ley 1390 establecía como sujeto activo únicamente al Juez. La modificación de este tipo penal determina que ahora son sujetos activos del tipo penal tanto el Juez como el Fiscal. Esta modificación es positiva porque en el sistema procesal penal boliviano el Fiscal también emite resoluciones, sin embargo, la observación respecto de la modificación al tipo penal de Prevaricato por Ley 1390 recae en la prohibición respecto a la “producción de prueba” donde también alcanza al juez como sujeto activo olvidándose que dentro del sistema procesal penal boliviano el juez penal es “tercero imparcial” y no tiene posibilidad procesal de introducir o incorporar a la audiencia ninguna prueba de “(...) oficio; ahora con el cambio normativo a través de la Ley 1390 cambia el tipo penal su naturaleza jurídica abarcando la posibilidad de que el Juez o Fiscal “utilice o incorpore en el proceso a su cargo medios de prueba o pruebas falsas o ilícitamente obtenidas sabiendo que lo son”. Esta adhesión se considera aberrante porque el tipo penal se aleja de su prohibición especial que era la emisión de resolución judicial ahora también fiscal e ingresa al campo probatorio.

## **2. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO**

### **2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE PREVARICATO**

En cuanto a la naturaleza jurídica del delito de prevaricato, en primer lugar se debe establecer su condición de ser un delito especial que únicamente en Bolivia pueden ser sujetos activos del ilícito los jueces y fiscales. El tipo penal se encuentra en el capítulo de delitos en contra de la función judicial. La norma penal prohíbe al Juez o al Fiscal emitir Resolución Judicial o Fiscal contraria a la C.P.E. y a las leyes. Además esta dirigido únicamente al fiscal para utilizar medios de prueba o elementos de prueba ilícitamente obtenidas o introducir en etapa de juicio oral.

### **2.2. CONCEPTO**

Literalmente la palabra “prevaricar” consiste en dictar a sabiendas una resolución contraria a la C.P.E. y/o las leyes injustas. Es una derivación de la conjunción latina *prae* (por causa de) y *varicare* (piernas torcidas), por lo que puede sintetizarse en la expresión “andar torcido, oblicuo o desviado”.

El delito de prevaricación posiblemente sea uno de los que posee orígenes más remotos, casi tanto como los de la propia actividad judicial. El Derecho romano conoció la acción de “perduelito” frente a la violación del deber del magistrado y en la *Lex Cornelia* se incluyó el castigo del pretor que se apartara de la correcta aplicación de las leyes. La prevaricación está igualmente presente en el “Digesto”. En consecuencia, el prevaricato es entre nosotros el típico delito de los jueces. Sin embargo, históricamente se dio antes esa denominación al contubernio entre las partes y a la infidelidad de los apoderados o consultores. En el Derecho romano como ya se estableció se calificaba

de prevaricador al acusador, que, habiendo asumido ese carácter en juicio público, llegaba a un entendimiento con el acusado para torcer la justa decisión de la justicia. Con ese mismo sentido pasó la institución al Derecho Canónico. En las partidas aparece ya en prevaricato del juez, que ha de mantenerse como una tradición jurídica hispana, y el de los abogados y procuradores.

### **2.3. TIPO OBJETIVO**

El tipo objetivo del delito de prevaricato, se compone de varios elementos de carácter normativo a saber: El sujeto activo de la infracción sólo puede ser un funcionario judicial o fiscal (en Bolivia). El Código Penal boliviano, establece en forma clara que únicamente pueden cometer este delito el Juez o Fiscal.

### **2.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO**

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 Parágrafos 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 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”.

### **3. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO:**

- Conducta de acción o de omisión en la primera de dictar 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 en el caso de la omisión dejando de hacer lo que mandan, en la sustanciación de una causa.
- Conducta dirigida únicamente a fiscales: 1. Dictar requerimiento o resolución conclusiva contraria a la Constitución Política del Estado, Bloque de Constitucionalidad o Ley aplicable al caso; o, 2. Utilizare o incorporar en el proceso penal a su cargo, medios de prueba o pruebas falsas o ilícitamente obtenidas, sabiendo que lo son.

Elementos subjetivos del tipo penal de prevaricato:

- Conocimiento del juez o fiscal que dicta 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 en el caso de la omisión dejando de hacer lo que mandan, en la sustanciación de una causa.
- Conducta dirigida únicamente a fiscales: Conocimiento del fiscal de que las pruebas a utilizar o introducir en juicio oral son medios de prueba falsos o pruebas falsas o ilícitamente obtenidas.
- Existencia de dolo directo

Sanción:

Privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años y multa sancionadora de doscientos cincuenta y un (251) a cuatrocientos (400) días e inhabilitación.

Agravación:

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 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.”

#### **4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

A pesar de que tal y como se indicó *ut supra*, la concepción moderna e hispanoamericana del delito de prevaricato se diferencia sustancialmente con la versión tradicional e hispana de la figura, en el sustrato común a los delitos de funcionarios, son individualizables tres líneas doctrinales que justifican su agrupación. Tres líneas que, a grandes rasgos, pueden situarse en:

- a) la protección de la Administración Pública y, por tanto, en último término, del Estado;
- b) la interpretación de estos delitos como de infracción de un deber y
- c) la consideración de la Función Pública, en tanto que actividad de prestación a los administrados, como bien jurídico protegido en esta materia.

Señalaba Manzini (2008) que el objeto de la tutela penal, con relación a la incriminación de las prevaricaciones de los patrocinadores judiciales, es el interés concerniente al normal funcionamiento de la administración de justicia, y concretamente a la actividad judicial. Por cuanto conviene garantizar con la sanción penal un mínimo de fidelidad y de corrección en el ejercicio del patrocinio judicial, como actividad íntimamente conexas a la administración de justicia. En el prevaricato de los jueces, abstractamente hablando, es la administración de justicia, que es una de las ramas de la administración pública. El bien jurídicamente valioso lesionado por la acción desviada del sujeto, solo que ante el derecho positivo el interés resguardado es el último y no el primero.

Pese a que algunos lo conciben como un delito contra la Administración

de Justicia, es común su ubicación dentro de los delitos contra la administración pública o como, en el caso de Bolivia, se la ubica entre los delitos contra la función judicial. Ello se explica porque la tutela penal que se busca es, en general, al ejercicio de la función pública, en su más amplio sentido, superando en mucho las definiciones propias de administración que da el Derecho Administrativo y en esta tesitura, sin duda alguna de la función pública forma parte ineludiblemente la función jurisdiccional” (Manzini, 2008:320).

Es absolutamente cierto, como ya se insinuó, que en el prevaricato existe pluralidad de valores fundamentales resguardados por el legislador, a cuál más respetable. La probidad en el desempeño de la función judicial y la integridad misma del patrimonio lesionado. De un lado, es la sociedad organizada, representada por el ente “Estado”, la que está interesada no sólo en el normal ejercicio de la administración, sino que el deber de integridad y el prestigio de la justicia no resulten afectados. Y del otro, es el derecho del particular (persona natural o jurídica) a quien se irroga igualmente la ofensa, el que reclama con justicia la intervención de la tutela penal que no puede descartarse pues que sobre su patrimonio específico ha incidido el daño.

Los intereses particulares y profesionales reciben protección refleja, por efecto de la tutela del interés público esencial. Nada impide que la conducta del sujeto activo de ese punible (prevaricato) haya lesionado o puesto en peligro, bienes jurídicos particulares. Hipótesis en la cual el prevaricato asume entonces las características del delito pluriofensivo. Con base en la legislación colombiana Saavedra (2012) señala: Uniformemente se sostiene que el prevaricato se consuma en el momento y el lugar en que el culpable profiere la resolución o dictamen, refrendando tales actos con su firma, o con la simple negativa de omitir, rehusar, retardar o denegar un acto propio de sus funciones, habiendo sido requerido para ello por las partes o finalmente con la ejecución del comprometedor consejo, patrocinio o asesoramiento al

individuo que gestiona un asunto en su despacho. Se ha dicho con exactitud que cualquier acto decisorio o de consejo agota el delito (Saavedra, 2012:230).

## **5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

Debe tenerse presente que el prevaricato es el típico delito de los jueces (En Bolivia desde la Ley 1390 de agosto de 2021 también cometen los Fiscales). El prevaricato se trata de un delito propio por su misma esencia<sup>2</sup>. En el derecho comparado de los funcionarios públicos o de personas que actúan en el organismo judicial y que afecta la rectitud de su desenvolvimiento. Finalmente, el tipo penal, equipara a la condición de funcionarios judiciales y/o administrativos (como el caso Español). A aquellos sujetos que administran justicia en condición de árbitros y arbitradores, conceptos que de igual forma, encuentran contenido en la legislación común, pues la condición de árbitro se adquiere por acuerdo de partes o designación.

De conformidad con la legislación vigente entre la partes conforme con la cláusula compromisoria respectiva y las reglas de constitución del tribunal arbitral, análisis que rebasa por mucho los alcances del presente estudio, pero que para los efectos del delito de prevaricato, lo relevante es que el sujeto activo ostente la categoría de árbitro y en tal supuesto, tenga facultades de orden resolutive. Con base en lo expuesto, el delito admite en los órganos colegiados, la co-autoría mas no la participación (complicidad y/o instigación). En sentido estricto, toda vez que al ser un delito de consumación instantánea y además de

---

2 En cuanto al sujeto activo del delito de prevaricato, tratándose de un delito especial propio, en el que la realización del tipo está estrechamente vinculada a la cualidad del autor, y 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 funcional exigida normativamente, sino porque no posee facultades para dictar resoluciones”.

los denominados delitos especiales propios, únicamente el funcionarios (juez o funcionario público) que concurra funcionalmente al dictado de la resolución contraria a derecho o fundada en hechos falsos y en el momento mismo de rubricar dicha resolución, puede cometer el delito como tal<sup>3</sup> (García, 2014:239-240).

## **6.- EL DELITO DE PREVARICATO EN EL DERECHO COMPARADO**

### **6.1.- EL DELITO DE PREVARICATO EN COSTA RICA**

El delito de prevaricato se encuentra ubicado en el capítulo X del Título XI del CP. que el legislador denominó “Delitos contra la administración pública” ya que nos encontramos ante una conducta que, como luego se verá, lesiona de manera directa un sector específico de la administración pública: la justicia. Como se observa, el Art. 269° tipifica el prevaricato del juez y personas equiparadas (por ej. árbitros y amigables componedores), el Art. 270° el de prisión preventiva ilegal y, finalmente –aunque excede el presente Artículo-, los Art. 271° y 272° alcanzan la figura de prevaricato de los auxiliares de la justicia (abogados, mandatarios judiciales, fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades).

En el Derecho Romano estos términos fueron ganando extensión “hasta convertirse en la voz prevaricare, expresión que se empleaba cuando la torcedura era muy grande”. El delito de prevaricar siempre se diferenciaba según el rol que cumplía quien realizaba la acción delictiva. Así, se distinguía la prevaricación judicial (sólo por jueces), la cuasi-judicial (abogados y procuradores) y la extrajudicial (funcionarios administrativos).

3 Plantea, que si se concibe que los tipos responden a los principios de generalidad y de igualdad, el actuar de quienes obran en el lugar de otro podría integrarse dentro del círculo de autores de un delito especial y, para justificar ello, bastaría demostrar que “el significado de su conducta es, desde el punto de vista del contenido del tipo, idéntico al de la conducta del sujeto expresamente descrito por la ley mediante una categoría formal”.

En el plano local, explica Soler, se siguió la tradición española, porque bajo esa designación comprende tanto el prevaricato del juez como el de otros sujetos que concurren a la función de administrar justicia como auxiliares (Soler, 2020:1). Por su parte, Donna nos enseña que el Código Tejedor regulaba el prevaricato en su Artículo 385° y se encontraba subdividido en cinco incisos. El primero de ellos se castigaba al juez que expide sentencia definitiva manifiestamente injusta; en el segundo al juez que conoce en causas que patrocinó como abogado; en el tercero, al juez que cita hechos o resoluciones falsas. En el cuarto, al juez que se niega a juzgar bajo pretexto de obscuridad o insuficiencia en la ley, y en el quinto, al juez que se apoya en las leyes supuestamente derogadas. Este sistema se mantuvo en el Proyecto de 1881 que entró en vigor el 1° de febrero de 1887, siendo que el Proyecto de 1891 el que trasladó el delito al título “Delitos contra la administración pública”.

## **6.2. EL DELITO DE PREVARICATO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO**

Artículo 413° del Código Penal colombiano

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses” (Colombia, CP.)

Se puede establecer que el delito es, una acción u omisión típica, dolosa o imprudente, antijurídica, imputable y culpable, que conduce a una sanción penal, sea esta en veces, por condiciones objetivas de punibilidad, entendida así, como una lesión por parte de un sujeto pasivo a un bien jurídico, contraria al ordenamiento jurídico que supone

un sistema legal en específico (Bustos, 2006:434-433). Para efectos de los delitos contra la administración pública, se establece que el sujeto activo se constituye en toda aquella persona que ejerce algún tipo de función pública, sea este empleado o trabajador del Estado, o funcionario público u oficial, nombrado para el caso en la prestación de un servicio personal, con un vínculo de carácter legal y reglamentario, en consecuencia, un vínculo contractual. En Colombia, el marco regulatorio y procedimental en materia de la legislación sobre delitos contra la administración pública, se encuentran en el Código Penal, Ley 599 de 2000; Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 el Estatuto Anticorrupción y la Ley 1474 del 2011, pudiendo recoger en la concepción de los delitos contra la administración pública lo siguiente:

Consisten en que los funcionarios públicos emiten actos ilegales, abusan de la confianza depositada en ellos para apropiarse usar determinados bienes encargados a ellos. También cuando influyen en determinaciones de adjudicación de contratos o en asuntos que otros funcionarios estén conociendo, resoluciones, sentencias, cambio de un favor o dinero. También para cometer arbitrariedades sobre particulares en uso de su cargo y así obtener un beneficio propio o de un tercero (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 2013:1).

## **7. NECESIDAD DE MODIFICACION INMEDIATA DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO MODIFICADO POR LA LEY 1390 y 1443**

Como ya se estableció en el capítulo I al desarrollar los postulados esenciales de la Teoría de la Prueba se advirtió que uno de los pilares en los que se erige el sistema probatorio es el de prueba lícita o pura dentro del Sistema Procesal Acusatorio. En consecuencia, dentro de la fase de juicio oral de ninguna manera se puede admitir la incorporación o introducción de prueba, sobre hechos ilegales o prueba ilícita Art. 13° y 172° del CPP.

En primer lugar, el Art. 13° del CPP. establece en forma clara que los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de la Constitución Política del Estado y de la Ley Procesal Penal boliviana. Así como establece taxativamente, que no tendrán valor la prueba obtenida mediante torturas, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito.

Por su parte el Art. 172° del CPP. establece que carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado en las convenciones y tratados internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la República. Así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento ilícito. Tampoco tendrán eficacia probatoria los medios de prueba incorporados al proceso sin observar las formalidades previstas en la ley procesal penal boliviana.

Ahora bien, el presente trabajo de investigación demuestra la errónea modificación del Art. 173° del C.P. emergente de la Ley 1390 de 31 de agosto de 2021 norma penal que hasta antes de la promulgación de la Ley 1390 establecía como sujeto activo únicamente al Juez. La modificación de este tipo penal determina que ahora son sujetos activos del tipo penal tanto el Juez como el Fiscal, autoridades que evidentemente pueden dolosamente emitir resoluciones judiciales manifiestamente contrarias a la CPE, al Bloque de constitucionalidad y las leyes haciendo lo que estas prohibían (delito de prevaricato de acción) u omitiendo cumplir lo que las leyes mandan (delito de prevaricato de omisión).

Esta modificación redactada de esta forma "otorga seguridad jurídica a la labor judicial y fiscal" (incorporado por Ley 1443). Sin embargo.

el solo hecho de admitir la posibilidad de que los Fiscales emitan “resoluciones fiscales” sin ser autoridades jurisdiccionales está en discusión académica porque lógicamente únicamente dictan resoluciones judiciales solo los jueces.

En cambio en Bolivia, admitimos en forma irregular que también los Fiscales emitan resoluciones, los cuales al ingresar al tema impugnativo en contra de dichas resoluciones “ingresamos a un verdadero caos jurídico”. Porque obviamente el sistema admite apelaciones incidentales o de sentencias en contra de resoluciones “judiciales” y nunca en contra de resoluciones “fiscales” cuyas autoridades son “parte litigante” del proceso penal y como parte litigante “constituye una aberración que se admita la posibilidad de que emitan resoluciones y se admitan recursos que técnicamente tendrían que denominarse: recurso de queja”.

De dichas resoluciones ante el Fiscal Departamental sin que esta autoridad tenga la competencia para resolver Recursos de Apelación en contra de resoluciones emitidas por quienes no son jueces. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que el delito de Prevaricato se encuentra dentro del capítulo de “delitos contra la función judicial” en consecuencia permitir que los fiscales emitan resoluciones y contra dichas resoluciones la ley procesal permita la impugnación ante autoridades o tribunales no judiciales resulta una verdadera aberración jurídica. En caso extremo tendría que también cambiarse el título del capítulo del código penal y añadirse delitos contra la función judicial y fiscal. En segundo lugar la Ley 1390, introduce una novedad altamente peligrosa que crea absoluta inseguridad jurídica en el trabajo técnico de los Señores Fiscales en el Juicio Oral porque dicha inserción al Art. 173° del C.P., abarca la posibilidad de que el juez o fiscal “utilice o incorpore en el proceso a su cargo medios de prueba o pruebas falsas o ilícitamente obtenidas sabiendo que lo son”.

Esta adhesión se considera aberrante porque el tipo penal se aleja de su prohibición especial que era la emisión de resoluciones judiciales o fiscales contrarias a la C.P.E. Leyes o Tratados Internacionales; por esta incorporación aberrante, el tipo penal de prevaricato ingresa la prohibición punitiva al campo probatorio (dentro de la etapa de juicio oral) El primer grave error en la incorporación de esta posibilidad en el Art. 173° del C.P. por la Ley 1390 es respecto al sujeto activo: juez, cuya posibilidad de “utilización” o “incorporación de medios de prueba” o “elementos de prueba” jamás corresponderá a ningún juez de Bolivia, por la simple razón de que en el Sistema Acusatorio Penal incorporado por Ley 1970 que desarrolla nuestra ley procesal penal boliviana.

En el cual, el juez dentro del proceso penal cumple las veces de “árbitro” tercero imparcial y jamás le corresponderá en ninguna etapa del proceso y menos en etapa de Juicio Oral, “utilizar” o “incorporar” prueba alguna “de oficio”. En conclusión la modificación de la Ley 1390 al Art. 173° del C.P. estableciendo la posibilidad de que sea el “Juez” sujeto activo porque “utilice” o “incorpore” prueba alguna se encuentra fuera de las regulaciones del propio sistema acusatorio; ahora bien, en caso de que se deduzca la posibilidad de que el juez introduzca prueba claramente ilícita en parcialización con alguna de las partes, no se debe olvidar que abre la inmediata posibilidad a la otra parte de activar los mecanismos impugnativos establecidos por la ley procesal penal como el Recurso de Reposición o el Recurso de Apelación incidental a efectos de la posterior Reserva de apelación Restringida en forma diferida.

Ahora en caso de que sea el “Fiscal sea sujeto activo de la comisión del ilícito”, quien “utilice” o “incorpore” en el proceso a su cargo medios de prueba o pruebas falsas o ilícitamente obtenidas sabiendo que lo son, cuyas conductas evidentemente pueden producirse. Sin embargo, desnaturalizan la tipificación del delito de prevaricato porque en este último caso ingresa al campo de la producción de prueba que

dentro del sistema procesal acusatorio se encuentra regulado por el principio de contradicción y corresponde a las partes el presentar el o los incidentes de exclusión probatoria que consideren necesarios, y ante su ilegal introducción a juicio oral corresponde a las partes activas los mecanismos procesales de exclusión probatoria de acuerdo al Art. 172° del CPP. Por lo que dicho añadido se considera que se encuentra fuera de lugar consiguiendo simplemente la Ley 1390 respecto a este tipo penal una desnaturalización del tipo penal de prevaricato. En caso de que el Fiscal utilice prueba falsa corresponderá a la tipificación de falsedad ideológica o falsedad material en contra de dicha autoridad o al delito de uso de instrumento falsificado ahora, si ha sido obtenida mediante torturas la propia C.P.E. establece la sanción inmediata en contra de esta autoridad.

## **CONCLUSIÓN**

Habiendo demostrado objetivamente la "desnaturalización" del tipo penal de prevaricato en el derecho penal boliviano al desviarse al ámbito de la vertiente "probatoria" ajena al delito de prevaricato, en consecuencia, corresponderá al Legislativo Boliviano modificar el Tipo penal de Prevaricato suprimiendo el numeral 2) del párrafo II del Art. 173° del C.P. modificado por Leyes 1390 y 1443. De tal manera que la actividad probatoria de jueces y fiscales quede fuera del tipo penal de prevaricato que sólo debe prohibir que los jueces y fiscales emitan resoluciones contrarias a la C.P.E., los Convenios y Tratados Internacionales y las leyes.

## FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

### SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

EXCMA. CCCF SAN MARTÍN, SALA II, IN RE ZITTO SORIA, RTA. 07/08/96)

EXCMA. CCC, SALA V, REG. 20.484, RTA. 18/02/03 DEL DERECHO PENAL DE COSTA RICA. PÁGINA WEB EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA.

### BIBLIOGRAFÍA

ALDANA ROZO, Luis Enrique; REYES ECHANDÍA, Alfonso  
1985 “Derecho Penal y Criminología”, Revista del Insituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Volumen VIII, Número 26, mayo-agosto.

ABOSO, Gustavo Eduardo  
2012 *“Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado y con jurisprudencia”*, Buenos Aires.

BAUMANN, Jurgén:  
1986 *Derecho Procesal Penal*”, Buenos Aires; Depalma

BELING, ERNEST: *“Derecho Procesal Penal; España, Labor 1945.*

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo  
1995 “El Proceso Penal”, Universidad Externado de Colombia”, Bogotá

BUOMPADRE, Jorge E.,  
2011 *“Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”*, 1º Ed, Hammurabi, Buenos Aires

CAFFERATA NORES, José Ignacio

1994 "Introducción al D. P. Penal": Marcos Lerner Editora Córdoba; Buenos Aires.

CALDERÓN CERESO y CHOCLAN MONTALVO.

2002 Derecho Procesal Penal. Edit. Dikynson. Madrid

CALDERÓN CUADROS, María Pía

1996 "Apelación de Sentencias en el Proceso Penal Abreviado", Camares, Granada

CENTRO DE ESTUDIOS JUDICIALES

1993 "La Prueba en el. Proceso Penal" (varios autores), Ministerio de Justicia Madrid

CLAUS ROXIN

2000 "Derecho Procesal Penal": Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L. Traducción por Gabriela E. Cordova y Daniel R. Pastor.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS

1997 "Protección de los Derechos Humanos" Definiciones Operativas-Lima-Perú. EDIAS S.A.

CREUS, Carlos,

1998 *Derecho Penal. Parte Especial*, 6° Ed., Astrea, Buenos Aires

DONNA, Edgardo Alberto,

2003 *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires

DALESSIO Andrés José,

2011 *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2°Ed, La Ley, Buenos Aires

ESCOBAR LÓPEZ, Edgar

1990 “Regulación Legal de la Consulta en el Proceso Penal”: en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Vol. XIII, Nro. 21 y 22; Medellín

ETCHEVERRY, Alfredo.

1967 Derecho penal, Parte especial, t. IV, Santiago de Chile, Carlos Gibbs, Editor

FASSO, Guido.

2010 “Historia de la Filosofía del Derecho”. Tomo I. Ediciones Pirámide S.A: Madrid 2010.

ROJAS VARGAS, Fidel

1999 “Jurisprudencia Procesal Penal” Tomo II. Ira. Edición 1999. Lima Gaceta Jurídica Editores Perú.

GONZÁLEZ RUS, Juan José.

2008 Curso de Derecho Penal Español