

EL DELITO DE PREVARICATO DE JUECES Y FISCALES

Victor Jimmy Arbulú Martínez¹

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El estudio tratará de determinar las características del delito de prevaricato de magistrados, el bien jurídico tutelado, los agentes del injusto penal; la consumación y el perjuicio causado a los justiciables. Examinar si hay causas de justificación o eximentes de responsabilidad penal. Por otro lado delimitar la frontera que divide el prevaricato y la inconducta funcional.

Como cuestión previa constamos que en la doctrina nacional y en la propia jurisprudencia, hay un escaso tratamiento del delito de prevaricato. No ha sido objeto de estudio profundo por los penalistas peruanos, y lo que se ha verificado son referencias jurisprudenciales en los Códigos Penales comentados y en algunos libros de derecho penal especial, por lo que todavía hay un camino por recorrer.

ANTECEDENTES

Si rastreamos los orígenes del prevaricato tenemos que ir al derecho romano que conoció la acción de **perduelito** frente a la violación de un deber por el magistrado y en la Lex Cornelia se incluyó el castigo al pretor que se apartara de la correcta aplicación de las leyes. La prevaricación está también en el Digesto, el Fuero Real y las Partidas. Sin embargo no era sólo un delito de magistrados, sino también lo constituía la infidelidad de los defensores con sus defendidos, por eso que el abogado que asesora a las partes en conflicto se le denomina patrocinio infiel o prevaricación abogadil y también el delito de prevaricación administrativa de funcionarios públicos.

El delito de prevaricato sanciona a funcionario judicial o administrativo que dicta resoluciones contrarias al texto de la ley o la funda en hechos falsos. Ese es la línea conceptual de este delito. Con las variantes en cuanto a los abogados, el Prevaricato no sanciona el yerro sino el abuso del derecho.

El vocablo prevaricato proviene del latín prevaricatus que significa según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como *acción de cualquier*

¹ Egresado de la Universidad de San Marcos. Con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial y Maestría en Ciencias Penales en la Universidad de San Marcos. Post Título en Derecho Procesal Constitucional PUCP. Juez Superior (p) de la Corte del Callao.

funcionario que falta a los deberes de su cargo. Etimológicamente proviene de dos voces latinas prae (delante) vicare (abrir las piernas) o sea el que da un traspiés, quien invierte el orden lógico de las cosas y en el caso del Juez que coloca su capricho por sobre la ley²

La doctrina esboza las diferencias entre un juez injusto y un juez prevaricador. El Juez que ve crímenes por todos lados donde la razón fría no puede hallarlos, será un juez injusto pero no un juez prevaricador, quien será aquel que conociendo la injusticia que comete, la verifica y la lleva a efecto porque se propone vengar un resentimiento o favorecer a quien pueda darle una ventaja. En este caso es aceptable que el error en la elección de la norma aplicable, en la interpretación realizada o la mera ilegalidad que pueda ser corregida en las vías de los recursos no integra el concepto de injusticia a efectos penales (27-05-1996)”³

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha lanzado una advertencia sobre este tipo de delitos en cuanto al agente quien como técnico en derecho, para justificar su conducta **en la motivación de las** resoluciones prevaricadoras, utiliza argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto. Es verdad que el fiscal y el juez tienen un conocimiento por su propio oficio, alimentado por los casos reales que ven en cada momento y la obligación de perfeccionarse permanentemente lo que los hace, si tuercen su voluntad contra la ley, en una especie de agentes de cuello y corbata; y que su comportamiento delictivo sea más depurado.

Una característica del delito de prevaricación judicial, es la *activa obstrucción beligerante para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa según* Sentencia TS 1243/2009 de 29 de octubre. No significa que el juez esté atado ciegamente a la voluntad legislativa; sino no habría interpretación judicial, pero está obligado a actuar sin arbitrariedad.

La acción para Muñoz Conde es dictar sentencia o resolución definitiva injusta y que el resultado solo debe tomarse para efectos de atenuar o agravar responsabilidad penal. La injusticia de la resolución dictada es un elemento normativo específico del tipo y ese concepto de injusticia es objetivo independiente de las concepciones particulares⁴.

El elemento objetivo de la resolución injusta, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español, en las SSTs de 14 de Febrero de 1891, 21 de Enero de 1901, 1/96 del 4 de Julio en Causa Especial 2830/94, 155/97 y la 2/99 de 15 de Octubre en Causa Especial 2940/97⁵, establecen de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que desde el punto de vista objetivo la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles.

² SALAZAR, Alonso. El prevaricato en el derecho penal costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas N° 117 setiembre – diciembre del 2008. Edición digital extraído de <http://www.latindex.ucr.ac.cr/ciencias-juridicas-117/ciencias-juridicas-117-05.pdf>. p 126

³ CALDERÓN CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Bosch. 2da Edición. Barcelona. 2001. p. 543

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. p. 792-793

⁵ Consultar en www.poderjudicial.es

El TS español para calificar de injusta una resolución judicial considera que es necesaria una flagrante ilegalidad, una resolución irracional, pudiendo proceder la injusticia de la falta absoluta de competencia, por la inobservancia de esenciales normas de procedimiento o por el propio contenido de la resolución, que suponga una contradicción del ordenamiento jurídico, tan patente y manifiesta que pueda ser apreciada por cualquiera (STS del 24 de junio de 1998)⁶

Estando los jueces aforados a una competencia especial la Fiscalía de la Nación es la que promueve la acción penal encargándose de la investigación la Fiscalía de Control Interno. La Fiscalía de la Nación maneja la siguiente definición del ilícito en la resolución N° 419—2010- MP-FN Lima 25 de enero del 2010⁷:

“...en su estructura típica, este tipo penal prevé tres modalidades. En la primera de ellas, el delito de prevaricato implica la trasgresión de una norma inequívoca, es decir de, una norma cuya interpretación no da margen a dudas o a criterios u opiniones diversas. La segunda modalidad supone falsear la verdad invocando hechos falsos o inexistentes o que no hayan sido probados. La tercera modalidad consiste en invocar leyes inexistentes o que han sido derogadas. (...) la acción prevaricadora lesiona el bien jurídico protegido, en concreto el correcto desempeño de los funcionarios públicos encargados de administrar justicia...”

REFERENCIAS LEGALES

Como referencias legales tenemos que el prevaricato estaba descrito en el artículo 170 incisos 1, 3 y 5 del Código Penal de 1863 que sancionaba al juez, que expedía una sentencia definitiva manifiestamente injusta, o citaba hechos y resoluciones falsas o se apoyaba en leyes supuestas o derogadas. En el Código Penal de 1924 estaba previsto en delitos contra los deberes de función en el artículo 354 y con la modificatoria por Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981 se amplió como agente al Fiscal, seguramente para estar a la par con la instalación del Ministerio Público como organismo independiente y autónomo de la persecución pública a partir de la Constitución de 1979 y su Ley Orgánica, mediante Decreto Legislativo N° 052 del 19 de marzo de 1981. En el Código Penal de 1991 fue incorporado en el artículo 418 considerándose como sujetos activos a jueces o fiscales. El texto original reprime al Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas. Por Ley N° 28492, publicada el 12 de abril del 2005 se le agregó el elemento descriptivo al tipo penal “a sabiendas” seguramente para enfatizar el dolo.

⁶ ORTS BERENGUER, Enrique. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 3ra edición. 1999. 783

⁷ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 1 de marzo del 2010, pag. 414880

BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico genérico que se tutela es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Estos delitos impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones⁸. Y todo lo que signifique menoscabo grave a la imparcialidad, transparencia y eficacia de la administración debe ser conculcado por el derecho penal. En cuanto a una expresión concreta de esa administración pública es el correcto funcionamiento de la administración de justicia de allí que la prevaricación judicial y fiscal afecta a este bien jurídico específico. Por otro lado se considera que el comportamiento prevaricador involucra un gravísimo menoscabo a la confianza pública en el ejercicio de la potestad judicial⁹. Lo que se castiga en vía penal son los incumplimientos más graves de los deberes jurisdiccionales de los jueces y fiscales. En cuanto a los hechos no punibles que puedan cometer, responden también en vía civil y disciplinaria¹⁰.

Para Sebastián Soler el delito de prevaricato tutela, si bien genéricamente la administración de justicia, también la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia¹¹.

TIPICIDAD OBJETIVA

El agente es el Juez o el Fiscal que dicta resolución o dictamen. También es de considerar que pueden ser agentes los magistrados del Tribunal Constitucional toda vez que ellos están en la cúspide de la jurisdicción constitucional formada por los jueces especializados y jueces superiores en una organización funcional mixta puesto que aquí hay una combinación del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Las normas en cuanto a los deberes de Jueces y Fiscales están estipuladas en el caso de los primeros por la Ley Orgánica del PJ y la Ley de Carrera Judicial N° 29277, mientras que los segundos por su Ley Orgánica Dec. Leg. N° 052. Estos van a desarrollar varias conductas **como dictar resolución o dictámenes contrarios al texto expreso y claro de la ley; aplicar leyes supuestas o derogadas, o invocar hechos falsos**

También están considerados los jueces del fuero especial militar. Para ilustrarnos respecto de los agentes del delito de prevaricato, como sujeto especial veamos la siguiente ejecutoria:

“No existe delito de prevaricato y denegación y retardo de justicia, si la denunciada no es miembro del Poder Judicial, del Ministerio Público o de la Defensa, sino que desempeña una función administrativa dependiente del Poder Ejecutivo”¹²

⁸ FRISANCHO APARICIO Manuel, PEÑA CABRERA, Raul. Delitos contra la Administración Pública. Fecal. Lima. 2002. p. 115

⁹ FRISANCHO APARICIO Manuel. Delitos contra la Administración de Justicia. Jurista Editores. Lima. 2000. p. 172

¹⁰ CALDERÓN CERESO, A y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Bosch. 2da Edición. Barcelona. 2001. p. 543

¹¹ Enciclopedia Omeba. Tomo XXIII. Editado por Driskill. Argentina. 1991. P. 97

¹² ROJAS VARGAS, Fidel y otros. Código Penal. 16 años de jurisprudencia. Tomo II. Idemsa. 3ra edición. 2007. p. 658

En el Código de Justicia Militar esta tipificado el delito de prevaricato comprendiendo como agentes a los jueces militares estableciendo los supuestos en el artículo 203 cuando incurren maliciosa y deliberadamente (dolo) en alguno de los siguientes casos, 1. Expedir sentencia contraria al texto claro y expreso de la ley; 2. Fundar sus fallos en leyes supuestas o derogadas o citar en ellos hechos o resoluciones supuestos, falsos o incompletos; 3. Violar las leyes del procedimiento y las que determinan la competencia jurisdiccional; 4. Negarse a administrar justicia bajo pretexto de falta, oscuridad o insuficiencia de la ley. 5. Prolongar arbitrariamente los trámites; y, 6. Causar maliciosamente la nulidad de los actuados. El artículo 204 fija las sanciones. A los que estén en los supuestos de los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 203, serán penados con separación absoluta del servicio y los incursos en los incisos 5 y 6, con separación temporal del servicio. En el artículo 205 amplía el círculo de autores no limitándolo sólo a los jueces militares, sino a aquellos que: 1. Desempeñando función o servicio en la Justicia Militar, falten a sus obligaciones para favorecer o perjudicar a los enjuiciados; ó 2. Ejerciendo el cargo de Defensores perjudiquen a sus defendidos traicionando la confianza en ellos depositada o descubriendo su secreto; ó 3. Siendo funcionarios de la Justicia Militar intervengan sin excusarse en los juicios que patrocinaron o defendieron como Abogados antes de ejercer el cargo.

La doctrina considera que la acción consiste en dictar sentencia o cualquier otra resolución injusta y esa injusticia es el elemento normativo del tipo que tiene que valorarse en consideración al caso concreto. La definición de injusto no solo es aquello contrario al derecho positivo en términos de cuestionable interpretación de normas, sino lo que se opone frontalmente a la ley y al derecho de manera que resulta injustificable la aplicación hecha por el juez. Esta regla es extraída de la sentencia del TS 04-07-1996 y 15-10-1999¹³

¿Puede haber omisión en prevaricato? Frente a este tenemos que si no hay objeto material esto es la resolución o dictamen contrario a la ley, la conducta es atípica. El prevaricato es un delito de acción que colisiona contra una norma prohibitiva distinta a los tipos omisivos que infringe normas preceptivas. El agente dicta una resolución o un dictamen. La omisión de emitir una resolución o dictamen tiene relevancia en el ámbito del procedimiento administrativo disciplinario.

RESOLUCION O DICTAMEN CONTRARIOS AL TEXTO EXPRESO Y CLARO DE LA LEY

Un ejemplo es en el caso del Código de Ejecución Penal dispone que en delito de violación sexual de menor no existe beneficio penitenciario y el magistrado en audiencia le otorga al condenado este premio. El texto de la ley no ofrece dudas al respecto. Hay un mandato imperativo. La pregunta es ¿todo texto legal es claro y expreso? Pues la respuesta es no siempre sino no se realizara la actividad interpretativa.

Ricardo León Pastor, señala que en materia de interpretación legal o jurídica “el derecho como sistema orgánico de normas jurídicas positivas, adquiere concreción en su

¹³ CALDERÓN CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Bosch. 2da Edición. Barcelona. 2001. p. 543

verbalización, en su textualización, en buena cuenta, en su encarnación lingüística”¹⁴ Anota este mismo autor, que “la relación existente entre las diversas fuentes del derecho y su naturaleza propiamente lingüística, ya nos plantea serios problemas sobre la comprensión de las normas legales positivas y su posterior comunicación entre los operadores del sistema jurídico” y precisa que la decisión consciente de un caso jurídico en contra del texto “expreso y claro de la ley”, “es una verdad de Perogrullo, en el contexto de un ordenamiento basado en los principios de constitucionalidad y legalidad. Toda ley, todas sus palabras, deben ser explícitamente formuladas”

No cabe duda que cuando nos encontramos frente a un texto absolutamente oscuro, cuya dilucidación merece un esfuerzo interpretativo, al decir de Ricardo León Pastor, constituye una suerte de **“drama comunicativo”**.

La Corte Suprema de Colombia en el Proceso No 29382 dado en Bogotá, el 18 de junio de 2008 seguido contra la magistrado Ibeth Catalina De La Ossa Sierra estableció una regla para evaluar el comportamiento de un imputado por delito de prevaricato así:

*“...no es de verificar si el funcionario aplicó o inaplicó preceptos claros y expresos, sino de examinar si desconoció el claro sentido de una norma que “por su claridad no podía ser interpretada en más de un sentido”, caso en el cual no hay duda acerca de la configuración de un prevaricato...”*¹⁵

En la siguiente ejecutoria se tiene que el juez emitió pronunciamiento otorgando libertad provisional pese a que existía una denuncia ampliatoria. Aquí es un asunto de orden procesal puesto que la denuncia ampliatoria tenía que ser calificada y si se ampliaba la instrucción debía también el juez pronunciarse sobre la medida cautelar, la mantención de la medida original o su variación, pudiendo ser atenuada o agravada.

*“Al haber el Juez Penal expedido en forma indebida favorable para el otorgamiento del beneficio de libertad provisional sin antes de pronunciarse respecto a la denuncia ampliatoria efectuada por el Fiscal provincial y la medida de coerción personal que correspondía, trasgrediendo así lo preceptuado en los artículos 77 del Código de Procedimientos Penales y los artículos 182 y 183 del Código Procesal Penal, se ha incurrido en delito de prevaricato” Ejecutoria Suprema 5493-96 del 12-11-97 Cusco.*¹⁶

En ese mismo sentido se pronuncia en la ejecutoria de la Sala Penal EXP. N° 3412-97 Lima del 12 de marzo de 1998.

En la Resolución de Fiscalía de la Nación N° 1346- 2001-MP-FN Lima del 27 de diciembre de 2001 se establece como indicios el hecho que se haya valorado como prueba documental una fotocopia en contra del artículo 235 del Código Procesal Civil.

¹⁴ LEÓN PASTOR, Ricardo Sobre la Interpretación Jurídica. Editado por la Academia de la Magistratura. . 2000

¹⁵ www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=225%3Aprevaricatoporacion&catid=12%3Ajurisprudencia&Itemid=7

¹⁶ ROJAS VARGAS, Fidel y otros. Código Penal. 16 años de jurisprudencia. Tomo II. Idemsa. 3ra edición. 2007. p. 657

Esta apreciación preliminar puede ser diluida si se tiene que un fotocopia podría eventualmente tener el tratamiento de sucedáneos de prueba, esto es como indicios y su valoración puede ser realizada concatenando con otras pruebas indiciarias o directas. Así no se razona en la resolución y por eso la Fiscalía de la Nación procede a denunciar así:

"Existen los elementos suficientes que tipifican la conducta descrita en el artículo 418 del Código Penal si un magistrado valora como prueba documental el contenido de una fotocopia de escritura pública, pues se contraviene lo dispuesto por el artículo 235 del Código Procesal Civil que señala que la copia del documento tiene el mismo valor que el original siempre que esté certificada por el auxiliar jurisdiccional, notario o fedatario según corresponda".¹⁷

En el siguiente caso de la Fiscalía de la Nación en la RES. N° 0025-2002-MP-FN Lima, 08 de enero de 2002 se dice con respecto a una pretensión de pago de honorarios:

"El pago de honorarios de los abogados, cualquiera que fuera su monto, se sustancia como incidente ante el juez del proceso y no prevé audiencia de saneamiento, conciliación y pruebas. Siendo tal el proceder del juez, no se dan los elementos que acrediten la comisión del delito de prevaricato, pues habría cumplido con el trámite respectivo, actuando en ejercicio de sus funciones y con la independencia de criterio funcional que la ley establece".¹⁸

El cuestionamiento al juez era porque no había convocado a una audiencia por la pretensión de cobro de un pago de honorarios de abogado siendo que el Código Procesal Civil no prevé que se convoque audiencia dado que es un trámite incidental.

En la Resolución 990 -2009 MP-FN 22 de julio del 2009 se formalizó denuncia a un Fiscal por Prevaricato fundado en el hecho de haberle negado al denunciante la queja de derecho contraviniendo el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Dec. Leg. 052 argumentando que no era parte agraviada. El referido artículo señala que si el Fiscal ante el que ha sido presentada la denuncia, no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el Fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la Resolución denegatoria. El término denunciante es genérico e incluye a quienes denuncian por acción popular y a los representantes de terceros.

SE CITAN PRUEBAS INEXISTENTES O HECHOS FALSOS

En este caso el agente señala una prueba que no ha sido actuada en juicio o ha citado hechos que se contradicen con la realidad. Por ejemplo para agravar la pena del agente indicando que este cuenta con antecedentes penales y de la verificación

¹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel y otros. Código Penal. 16 años de jurisprudencia. Tomo II. Idemsa. 3ra edición. 2007. p. 658

¹⁸ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

documental no existe, o citar un hecho, y examinado el objeto de la imputación y los hechos que lo constituyen, este no existe.

Hecho falso explica Sebastián Soler consiste en afirmar como existente en autos algo que no existe y no solamente en tomar como suficientemente probado algo que al libre criterio de otro juzgador no está probado.¹⁹

Por Ejecutoria Suprema R. N. N° 1839-2005²⁰ Tumbes del 26 de octubre del año 2005 se estableció que el magistrado había sido condenado correctamente por la Sala Superior pues estaba acreditado el delito de prevaricato por lo siguiente:

*“a) Que el sentenciado no verificó la real existencia del presupuesto que el artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal, en su parte in fine establece para su procedencia, es decir que nuevos actos de investigación pongan en cuestión la **suficiencia de las pruebas** que dieron lugar a la medida coercitiva personal impuesta requisito de vinculación entre el presunto autor y los hechos que se le imputan, considerando que Jaime Leandro Díaz Castro, Edgar Gutiérrez Ortiz y Dalila Tapullina Salas habían sido aprehendidos policialmente en flagrancia, habiéndoseles incautado dieciséis kilogramos con treintiséis gramos de Pasta Básica de Cocaína, así como tres kilogramos de clorhidrato de cocaína, presupuesto que no varió desde que el mismo juez acusado emitió el auto apertorio de instrucción (...), ordenando medida coercitiva de detención; b) Que, la resolución cuestionada, si bien refiere que «se han dado nuevos elementos probatorios que permitan variar la medida coercitiva»; **sin embargo, no precisa cuales son estos nuevos elementos probatorios**; y que si bien también refiere que José Leandro Díaz Castro tiene acreditada su identidad con sus respectivos pasaportes y actividad laboral conocida, por lo que se presumiría que no tratará de eludir la acción de la justicia o perturbará la actividad probatoria; sin embargo, éste ha referido en su declaración instructiva, que no tiene domicilio en el Perú.”²¹*

En el siguiente caso se condenó a un fiscal por haber permitido en el proceso un conjunto de actos contrarios a ley y dictado sus dictámenes opinando por la procedencia de adopciones, sin haber observado esas irregularidades que a nuestro entender son claras y apoyándose en supuestos fácticos falsos:

“...al procesado se le incrimina que en su condición de fiscal provincial provisional no hizo ninguna observación a los tramites irregulares en los procesos de adopción sustanciados, emitiendo muy por el contrario dictámenes opinando por la procedencia de la adopción, en clara contravención a las normas adjetivas y sustantivas sobre la materia; así se le atribuye ni haber reparado que se haya admitido a trámite demandas de adopción sin acompañar las partidas de nacimiento de los adoptados, que el consentimiento para la adopción haya sido otorgado por las madres biológicas menores de edad, que se haya otorgado autorización de viaje a los adoptados antes que se inicie el

¹⁹ Enciclopedia Omeba. Tomo XXIII. Editado por Driskill. Argentina. 1991. P. 99

²⁰ En www.mpfj.gob.pe

²¹ ANALES JUDICIALES de la Corte Suprema de Justicia de la República. Año Judicial 2005. Tomo XCIV. Lima 2007. P. 118

tramite del proceso de adopción; así como que los propios dictámenes del acusado no tienen sellos de la Fiscalía ni numero y menos se encuentran registrados, tanto el ingreso como el egreso de las causas; que, no obstante la negativa del procesado, en autos existen suficientes medios probatorios, que acreditan la materialización del delito y la responsabilidad del procesado” Ejecutoria Suprema del 13-11-95 Sala Penal. Exp. 65-94-B Cusco.²²

EL MAGISTRADO SE APOYA EN LEYES SUPUESTAS O DEROGADAS

En este caso el agente cita leyes supuestas lo que parece grave porque estaríamos ante una invención por parte del sujeto activo con una gran imaginación, y lo otro es el citar leyes que han sido derogadas. Sobre este aspecto es de señalar que no todos los jueces o fiscales tienen la información permanentemente actualizada por lo que este dato material puede provocar que se cite una norma ya derogada, y lo es más cuando por ejemplo quienes lo emiten son magistrados que laboran en zonas desconectadas con el resto del país. El magistrado podría incurrir en error de tipo contemplado en el artículo 14 del Código Penal si es invencible excluye responsabilidad y si fuera vencible solo se sancionará si el prevaricato tiene modalidad culposa no prevista en el ordenamiento penal.

TIPICIDAD SUBJETIVA

El elemento “a sabiendas” nos parece innecesario en cuanto a su inclusión en el texto original del artículo 418 puesto que este delito es a título de dolo, salvo que el legislador haya querido enfatizar que el agente actúa con conocimiento y voluntad de dañar el bien jurídico.

Podemos señalar que lo injusto relevante como prevaricación dolosa está constituido por la conciencia que tiene el magistrado que está adoptando una decisión que sale de la corrección aplicativa del derecho y, que esa decisión es formal y materialmente contraria a derecho. El magistrado actúa con conocimiento y decisión de ir contra la voluntad legislativa, atentar contra la administración de justicia y causar perjuicio a una de las partes procesales. La doctrina nacional no considera la existencia de dolo eventual, sólo el dolo directo.

En cuanto a una forma culposa, se tiene que en el ordenamiento penal peruano no está previsto el prevaricato imprudente como si lo está en la legislación española en el artículo 447 del Código Penal, esto es que el magistrado resuelve con manifiesta injusticia pero con grave omisión del deber objetivo de cuidado. Esta conducta en todo caso puede ser investigada a nivel administrativo.

²² ROJAS VARGAS, Fidel y otros. Código Penal. 16 años de jurisprudencia. Tomo II. Idemsa. 3ra edición. 2007. p. 657

Deber de motivación

Consideramos que lo que puede ser asumido como indicio de prevaricato es la ausencia de motivación. En este caso la exigencia de motivación está en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 12 que dice que todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. El juez podría realizar una motivación defectuosa lo que conlleva a que sea examinada vía recurso impugnatorio ante el superior jerárquico. Una ausencia de motivación es una colisión clara contra este precepto normativo.

En la Ejecutoria Suprema del EXP. N° 6114-97 San Martín del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho se confirmó una sentencia de grado en contra en un ex magistrado que en un caso de Tráfico de Drogas celebró audiencias de terminación anticipada donde los imputados llegaron a un acuerdo con el fiscal, (también procesado), para que se les imponga una pena condicional pese haberse encontrado a los imputados, pilotos colombianos con \$276,000 dólares. El magistrado imputado se inhibió de seguir conociendo el caso sin exponer razones legales válidas, por auto que no fue apelado por el Fiscal Provincial, derivando el proceso al Juzgado atendido por otro magistrado que dictó resolución. De esto se infiere que sin perjuicio de los niveles de concertación a la que llegaron (el fiscal fue condenado a 10 años) la imputación se concentró en la falta de motivación de la resolución de inhibición habiendo sido condenado con pena suspendida. En este caso se coincide con lo resuelto por el Tribunal Supremo puesto que la ausencia de motivación es una clara afectación al artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y al artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política.

Remoción de la cosa juzgada

¿Una sentencia o auto que pone fin al proceso pueden ser revisados cuando tienen la calidad de cosa juzgada? pues como regla general no ya que el magistrado incurriría por lo menos en inconducta funcional al infringir el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala que no se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada. La única forma de remover una resolución de esta naturaleza es en los procesos civiles vía Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta y en materia penal la acción de Amparo o de Hábeas Corpus. Para que el mismo juzgador lo haga excepcionalmente tendría que ingresarse a un juicio ponderativo, cuando se verifique la existencia de un conflicto entre un derecho fundamental con el principio de seguridad jurídica y no haya otra forma de dejar sin efecto la resolución injusta.

Sentencia dictada habiendo prescrito la acción penal

La prescripción extingue la acción penal y puede ser solicitada como medio de defensa o decretada de oficio. Entonces puede darse el caso que se prosiga una causa cuando ya estaba prescrita la acción e incluso se dicta resolución final. Si el juez o fiscal emiten sus decisiones cuando la acción ya se extinguió, es importante para

descartar el dolo si existió una actuación diligente del magistrado que hizo el esfuerzo necesario para impedir que el caso prescriba. El seguimiento de los plazos en un órgano jurisdiccional con una fuerte carga de expediente, es complicado, por lo que es necesario acudir a la ayuda de las herramientas informáticas para controlar los plazos y la exigencia a los magistrados y personal jurisdiccional a efectos que den las alertas necesarias cuando hay una posible prescripción para adoptar las medidas respectivas. En este caso se puede acreditar el dolo del Juez cuando hay persistencia del fiscal solicitando la prescripción o de la parte interesada para que se resuelva, y el magistrado no adopta una decisión oportuna pese haber tomado conocimiento.

Sin embargo en el caso que haya una sentencia y la acción ya prescribió; la conducta prevaricadora tiene que fluir del texto de la sentencia que colisiona con la ley, en el caso concreto una decisión contraria respecto de una prescripción que ha sido alertada, y que la ley dice que tiene que resolverse en sentencia y si pese ha esto hay omisión de pronunciamiento ¿se infringe una norma? Si, porque la omisión se ha plasmado en la resolución. Dependiendo del dolo del agente es la frontera para procesar al magistrado por delito de prevaricato, y si no hay evidencia objetiva del tipo subjetivo su conducta funcional puede ventilarse disciplinariamente.

ANTI JURIDICIDAD

Siendo este el ámbito de las causas de justificación se debe examinar si hay alguna regla que permita justificar la conducta del magistrado; esto es, si tiene un permiso para ir en contra del texto claro de la ley.

Control Difuso

De conformidad con el artículo 138° Constitución Política los jueces tienen el **poder – deber** de control difuso a diferencia del TC que tiene la facultad de control concentrado de las leyes, y significa que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal se debe preferir la primera. En esta lógica se prefiere la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 14 también reconoce el control de leyes y si el magistrado inaplica por incompatibilidad constitucional tiene que elevar en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema si es que no ha sido apelada la decisión. El Código Procesal Constitucional también recoge esta facultad en el Artículo VI y la inaplicación se debe hacer siempre que sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

En la causa 2502-2005-HC caso Gladys Carmen Espinoza Reátegui dado en la Oroya, a los 17 días del mes de mayo de 2005 el Tribunal Constitucional ha establecido que el control difuso *de la constitucionalidad de las normas constituye:*

*“...un **poder-deber** del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo*

51 de nuestra norma fundamental.”

El control difuso en la sentencia comentada del Tribunal Constitucional, es considerado como un acto complejo en la medida que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez está beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Señala el TC para que sea válido el control difuso, se requiere la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

“(a) Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 30 de la Ley N. ° 28237).

(b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.

(c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.”

También tenemos que en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 sobre la aplicación del artículo 173°. 3 del Código Penal de Lima del 18 de julio de 2008 dice respecto al control difuso:

“...es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema.”

Y respecto a la prohibición de aplicar el instituto de responsabilidad restringida en delitos de violación sexual dicen los Jueces Supremos:

“Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.”

Si un juez inaplica una norma por control difuso, esta es una causa de justificación, un permiso que le otorga la Constitución a efectos de ejercer ese poder –deber. Ahora razonemos a contrario, ¿Si un juez no inaplica una norma con evidente contenido anticonstitucional también estaría prevaricando, en contra del artículo 138 de la Carta Política?, la respuesta es no, puesto que existe una **presunción de legitimidad de las normas del Estado** y es el resultado de un quehacer interpretativo, por lo que es de nuestro parecer que cuando el magistrado ha ingresado a examinar y escudriñar el

sentido de una norma, el supuesto de prevaricato de norma expresa y clara pierde todo sustento.

Como toda facultad reglada, tenemos que la aplicación del control difuso puede en determinadas circunstancias acarrear responsabilidad penal si se incumple con las normas que lo regulan o le ponen límites. Eso se advierte de la Resolución de Fiscalía de la Nación 004-2009 MP-FN del 8 de enero del 2009 contra un magistrado que conoció el incidente de semilibertad promovido por un condenado por el delito de TID en su modalidad agravada, expidiendo la resolución por la que declaró procedente el citado beneficio penitenciario, bajo el fundamento que existía incompatibilidad entre la norma que prohíbe la concesión de dicho beneficio a los sentenciados por el delito tipificado en el artículo 297° del Código Penal y el artículo 139° inciso 22 del texto constitucional. El Código de Ejecución Penal, aprobado mediante Dec. Leg. N° 654, regula el otorgamiento de beneficios penitenciarios para los condenados que satisfagan determinadas condiciones. La semilibertad se encuentra prevista en el artículo 48° del citado Código, el mismo que permite al interno egresar del Establecimiento Penitenciario, para efectos de trabajo o educación, siempre que haya cumplido la tercera parte de la pena impuesta y no tengan proceso pendiente con mandato de detención; ésta disposición legal, en su parte final, y el artículo 4° de la Ley N° 26320 en su última parte, establece la inaplicabilidad del indicado beneficio a los condenados por ciertos delitos, como el de TID en su modalidad agravada, tipificado en el artículo 297° del Código Penal. El Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha **14 de noviembre del 2005**, recaída en el Expediente N° 8308-2005-HC, declaró su constitucionalidad y, se sostuvo que la no concesión de beneficios penitenciarios a los sentenciados por los delitos gravosos especificados en la última parte del artículo 4° de la Ley N° 26320, no es contraria de por sí al artículo 139° inciso 22) de la Constitución, ni tampoco al artículo 2° inciso 2) de la propia Constitución que recoge el principio de igualdad jurídica, por cuanto la norma en mención "establece un trato diferenciado que se encuentra plenamente justificado, no sólo en razón de las modalidades delictivas excluidas del goce de los beneficios penitenciarios, por el legislador ordinario, sino y principalmente por el contenido del artículo 8° de la Constitución, precepto que proyecta desde la propia Constitución una política de interés nacional en la erradicación absoluta de este flagelo social". La Fiscalía de la Nación considera que el magistrado denunciado debió rechazar de plano la solicitud del beneficio penitenciario de semilibertad, no resultando válido la aplicación del control difuso de constitucionalidad, por cuanto la legitimidad de dichas normas había sido ya evaluada por el máximo intérprete de la Constitución. Es decir que el juez había colisionado contra el **artículo VI segundo párrafo del Código Procesal Constitucional que dice:** Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad.

Juicio Ponderativo

El juicio de ponderación se da en el ámbito de las causas de justificación cuando hay un conflicto de derechos o bienes jurídicos; el juez debe pesarlos y decidir por uno, que determine si excluye responsabilidad penal. En el Código Penal está previsto en el artículo 20. La decisión bajo esa regla no amerita un proceso por prevaricato, siempre

que cumpla las reglas, por ejemplo el establecer la legítima defensa en un delito de homicidio.

CULPABILIDAD

En cuanto a este aspecto que incide sobre el conocimiento de la antijuridicidad y la exigencia del comportamiento requerido por el orden jurídico, se tiene que es mas complicado porque siendo Juez o Fiscal por su nivel de conocimiento la exigencia es mayor, salvo que haya actuado bajo error de prohibición esto es creer que lo que ha realizado no constituye delito, con sus modalidades invencibles que excluyen la responsabilidad penal o vencible que atenúa la pena.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Sobre este aspecto se puede establecer autoría mediata si ha existido detrás de una resolución un agente que haya planeado la emisión de la misma pero no participe en ella por razones formales pero siendo este es un delito especial el sujeto activo debe ser Juez o Fiscal. El autor inmediato es el firmante de la resolución. La intervención criminal podría darse en un colegiado que se pone de acuerdo para emitir la resolución con visos de prevaricación sin embargo quien tendría mayor responsabilidad en la comisión del ilícito sería el ponente pues es quien presenta al colegiado el proyecto de resolución. En una sentencia serán responsables los jueces que la firman y quedará exonerado quien haya emitido un voto particular²³

En delito especial en el que los *extraneus* no pueden ser autores en sentido estricto la jurisprudencia española ha establecido que si pueden participar como inductores, cooperadores o cómplices (TC 41/1998 del 24 de febrero y TS 24-06-1994)²⁴ Esta doctrina también se ha aplicado para los delitos de corrupción de funcionarios en Perú

TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Si bien es cierto que hay grados de afectación del correcto funcionamiento de la administración de justicia habría que establecer los grados de lesividad puesto que la magnitud del daño causado es una pauta para poder determinar si es que estamos ante un hecho no susceptible de ser visto en proceso penal sino encauzarse por la vía administrativa. Desde el principio de última ratio consideramos que la resolución o el dictamen deben causar una afectación concreta en contra de una parte procesal.

²³ ORTS BERENGUER, Enrique. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 3ra edición. 1999. 782

²⁴ CALDERÓN CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Bosch. 2da Edición. Barcelona. 2001. p. 545

La doctrina mayoritaria considera que no hay tentativa en esta clase de delitos toda vez que se le considera como uno de peligro abstracto. Según Ezaine Chávez es un delito de consumación instantánea con el dictado de la resolución o la emisión del dictamen y no es necesario que cause ejecutoria ni que sea revocada o anulada por otro juez, no que haya causado algún resultado dañoso²⁵. Sobre este aspecto considero que para efectos de la punibilidad debería causar un perjuicio. Con la suscripción de la resolución o dictamen que contiene la prevaricación ¿Se consuma el delito? Pues sí, y consideramos que no es necesario que la resolución haya adquirido firmeza o sea revocada por instancia superior, la resolución seguirá siendo prevaricadora en el supuesto que lo sea.²⁶

¿El perjuicio debe ser considerado como condición objetiva de punibilidad?

Consideramos que sí, el perjuicio debe ser un requisito para que se pueda establecer la sanción o no, ya que allí se debe examinar la magnitud del perjuicio ocasionado por el comportamiento del agente.

Asumimos la postura que afirma que las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que se sitúan fuera del tipo del injusto y de la culpabilidad, pero de cuya presencia dependen la punibilidad del hecho y de la posibilidad de participación²⁷. La finalidad del uso de las condiciones objetivas tiene que ver con política criminal puesto que el tratamiento de ciertos elementos como condiciones meramente de punibilidad se fundamenta casi siempre en que ya el comportamiento del autor es de por sí merecedor de pena, pero sólo cuando se añade la materialización del resultado está también necesitado de castigo por lo que se tiene que distinguir como señala Jakobs entre el merecimiento de pena y su necesidad político criminal²⁸. Algunos autores como Mir Puig consideran que la condición objetiva de punibilidad tiene efecto sobre la antijuridicidad pese a que se le reconoce entidad autónoma frente al tipo penal, pero su inexistencia excluye el delito²⁹.

Si bien la doctrina coloca como afectado el correcto funcionamiento de la administración como bien jurídico; esto tiene una lógica con las ficciones que se crean en el mundo jurídico, a veces de difícil probanza, y se deja de lado que los afectados son las partes que actúan en un litigio. Entonces tenemos que las víctimas de estos delitos exigen tutela al derecho de acceder a una justicia eficaz, correcta y transparente. De aquí tenemos que la resolución que es objeto de la conducta debe afectar a alguien, debe lesionar los derechos de algún justiciable, el destinatario de la administración de justicia. Por ello somos partidarios de considerar el perjuicio como condición objetiva de punibilidad.

²⁵ EZAINE CHÁVEZ, Amado. Diccionario de Derecho Penal. Editorial AFA. Tomo III. Perú. 1999. p. 1453

²⁶ Ibidem

²⁷ JESCHEK, HANS – Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción al español por S. Mig. Puig y F. Muñoz Conde. Editorial Bosch. Volumen I. Barcelona. 1978. p. 508

²⁸ JAKOBS, GUNTHER. Derecho Penal. Parte General. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editado por Marcial Pons. Madrid. 1997. p. 407

²⁹ TORRES GONZALES, Eduardo. El “perjuicio” en los delitos de falsificación de documentos ¿condición objetiva de punibilidad o integrante del tipo penal? Rev. Dialogo con la jurisprudencia N° 80. Gaceta Jurídica. Marzo. 2006. p. 190

CONCURSO DE DELITOS

En este ámbito tenemos que puede existir una concurrencia con otros delitos como el de encubrimiento personal. El prevaricato es considerado como delito medio para posibilitar el delito fin que sería encubrimiento personal. Sin embargo el sólo hecho de emitir una resolución no puede llevar a determinar concluyentemente que esta sea la que provoque el encubrimiento o la sustracción del procesado de la persecución penal. Hay que considerar cual ha sido la actuación de quienes rodean al acto judicial o fiscal salvo que haya una concertación para la sustracción, y si no, se tiene que la responsabilidad es personal y no es transmisible a los otros sujetos en un proceso penal.

En el Exp. N21114-97 Huancayo, dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve se dice respecto al juicio de tipicidad que se hace del prevaricato pero se razona concluyendo que el hecho constituye delito distinto:

*"La elaboración de documentos falsos por parte de un magistrado, usando dicha calidad personal para darles autenticidad, sin que estos sean resoluciones jurisdiccionales, constituye delito de falsificación de documentos, no de prevaricato. El realizar un delito movido por un sentimiento de compasión, no constituye causa que exima o atenúa la pena."*³⁰

En este caso la resolución objeto del delito debe ser real y no un documento falso, el mismo que puede encauzarse por el tipo penal de delito contra la Fe Pública.

También puede darse que para emitir la sentencia prevaricadora haya existido alguna oferta al juez. Entonces estamos ante la figura de cohecho pasivo específico descrito en el artículo 395 del Código Penal.

PREVARICATO Y MEDIOS IMPUGNATORIOS

En España se tiene como doctrina jurisprudencial que es *irrelevante que otros jueces, relacionados con el proceso en que se comete la prevaricación, no estimasen que ésta hubiera tenido lugar* (Sentencia del TS 2/1999 de 15 de octubre). Con esto se puede colegir que la confirmación de una resolución con visos de prevaricación no exime de responsabilidad penal e incluso podría hacerse extensiva a quienes en el grado superior confirmaron la resolución.

Sin embargo también tenemos referencias en la jurisprudencia nacional, que casi en una suerte de cuestión previa se establece que no es justiciable el prevaricato si es que el afectado no ha empleado los recursos impugnatorios:

"No procede el juicio oral por prevaricato imputado a un Juez de Primera instancia si el denunciante no ha agotado los recursos legales para obtener la

³⁰ TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES de las Cortes Superiores. Serie Jurisprudencia 4. Edit. Academia de la Magistratura Lima. 2000. p. 481

*modificaron de la resolución que el denunciante considera ilegal. Revista de Jurisprudencia Peruana. 1951 Pág. 538*³¹

En la RES. N° 1235- 2001-MP-FN Lima, 23 de noviembre de 2001 considera que faltan elementos de convicción o indicios para denunciar por prevaricato:

*"...si un magistrado superior confirma una sentencia que declara improcedente la acción de amparo interpuesta, bajo el fundamento formal de no haberse agotado la vía previa respecto al acto de carácter administrativo emitido, contra la cual se hizo uso de los recursos impugnatorios que franquea la ley"*³²

SANCIÓN PENAL

Este delito está sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y es complementada con la accesoria de Inhabilitación conforme al artículo 426 del Código Penal que sanciona con dicha pena de uno a tres años concordado con el artículo 36°, incisos 1) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular y 2) Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Sobre la pena privativa de libertad no merece mayor análisis puesto que quedará a criterio del juzgador que la imponga que esta sea pena efectiva o suspendida condicionalmente. Es sobre la pena de inhabilitación que debemos desarrollar.

En Alemania la inhabilitación se aplica para cargo público y significa que el agente pierde la capacidad para desempeñarlos. Además con la inhabilitación se pierden los cargos que ya ostentara el condenado.³³ También se considera la inhabilitación de los derechos de sufragio pasivo y activo. La finalidad es de prevención general y especial, esto es de apartar al reo de todas las esferas de responsabilidades públicas y la influencia sobre la conciencia jurídica general.³⁴ Según Zaffaroni la pena de inhabilitación consiste en la pérdida, o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las penas de prisión y multa. La inhabilitación en el Código Tejedor estaban bajo el título de *penas privativas del honor y humillantes*³⁵ Para Peña Cabrera consiste en la privación y restricción de ciertos derechos del delincuente sean políticos, económicos y sociales, como consecuencia de la realización de un delito y su carácter es infamante que es el sentido que se le quiso dar a esta pena originalmente y cita al Código Penal Español de 1822 que en su artículo 74 decía que a quien se le imponga la pena de infamia perderá hasta obtener la rehabilitación todos los derechos de ciudadano³⁶. Si un magistrado es hallado culpable conforme al artículo 426

³¹ GUZMÁN FERRER, Fernando. Código de Procedimientos Penales. Editorial Científica. Octava Edición. Perú. Año 1982 P. 410

³² Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

³³ JESCHEK, HANS – Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción al español por S. Mig. Puig y F. Muñoz Conde. Editorial Bosch. Volumen I. Barcelona. 1978. p. 719

³⁴ Ídem. P. 720

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Editado EDIAR. Buenos Aires. 2000. p. 935

³⁶ PEÑA CABRERA. Raúl Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Grijley. Lima. 1999. p. 617

del Código Penal tendría que ser sancionado también con la inhabilitación considerada como una pena limitativa de derechos conforme a artículo 31 del acotado.

EFFECTOS EN LA SITUACIÓN LABORAL DEL MAGISTRADO

El juez será destituido conforme a la Ley de Carrera Judicial N° 29277 que en su artículo 55 dice que se cancelará el título de juez por haber sido condenado o se le haya impuesto reserva del fallo condenatorio por la comisión de un delito doloso y que éste no podrá retornar a la carrera judicial. Como antecedente tenemos que la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 210 (derogado) establecía supuestos mas amplios al señalar que la suspensión se aplica al Magistrado o funcionario contra quien se dicta orden de detención, o se formula acusación con pedido de pena privativa de la libertad, en proceso por delito doloso. Es decir se estaba ante la aplicación de una medida cautelar preventiva. El plazo de suspensión no podía ser mayor de dos meses. El artículo 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también derogado, establecía la sanción de destitución a quien se le había condenado por delito contra la libertad sexual; y al sentenciado a pena privativa de libertad por delito doloso.

CONCLUSIONES

- 1.- Por principio de última ratio si hay procedimientos correctores de resolución o dictamen contrarios a la ley estos deben ser privilegiados.
- 2.- Antes de proceder a una denuncia por prevaricato se debe esperar que se agote la vía recursal.
- 3.- Por política criminal debe considerarse el perjuicio como una condición objetiva de punibilidad.
- 4.- La agravación de la pena debe ser proporcional a los perjuicios causados.
- 5.- El control difuso y la ponderación de bienes jurídicos en conflictos no puede ameritar el delito de prevaricato, si es que se han aplicado correctamente.
- 6.- Si la norma que es objeto de colisión de la resolución o dictamen presuntamente prevaricador tiene más de una interpretación, esta deja de ser un texto claro o expreso, en consecuencia la conducta es atípica por falta de un elemento descriptivo del tipo
- 7.- Dentro de la limitada casuística tenemos que la preponderante es el delito de prevaricato contra el texto claro y expreso de la ley.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

EZAINÉ CHÁVEZ, Amado. Diccionario de Derecho Penal. Editorial AFA. 3 Tomos Perú. 1999.

CALDERÓN CERESO, A y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Bosch. 2da Edición. Barcelona. 2001.

FRISANCHO APARICIO Manuel, PEÑA CABRERA, Raúl. Delitos contra la administración Pública. Fecat. Lima. 2002.

GUZMÁN FERRER, Fernando. Código de Procedimientos Penales. Editorial Científica. Octava Edición. Perú. Año 1982

JAKOBS, GUNTHER. Derecho Penal. Parte General. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis serrano Gonzáles de Murillo. Editado por Marcial Pons. Madrid. 1997

JESCHEK, HANS – Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción al español por S. Mig. Puig y F. Muñoz Conde. Editorial Bosch. Volumen I. Barcelona. 1978

LEÓN PASTOR, Ricardo Sobre la Interpretación Jurídica. Editado por la Academia de la Magistratura. 2000

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999

ORTS BERENGUER, Enrique. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 3ra edición. 1999

ROJAS VARGAS, Fidel y otros. Código Penal. 16 años de jurisprudencia. Tomo II. Idemsa. 3ra edición. 2007.

SALAZAR, Alonso. El prevaricato en el derecho penal costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas N° 117 setiembre – diciembre del 2008. Edición digital extraída de <http://www.latindex.ucr.ac.cr/ciencias-juridicas-117/ciencias-juridicas-117-05.pdf>

SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Editado por Grijley. Lima. 2001

TORRES GONZALES, Eduardo. El “perjuicio” en los delitos de falsificación de documentos ¿condición objetiva de punibilidad o integrante del tipo penal? Rev. Dialogo con la jurisprudencia N° 80. Gaceta Jurídica. Marzo. 2006

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Editado EDIAR. Buenos Aires. 2000.

REVISTAS

ANALES JUDICIALES de la Corte Suprema de Justicia de la República. Año Judicial 2005. Tomo XCIV. Lima 2007

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES de las Cortes Superiores. Serie Jurisprudencia 4. Edit. Academia de la Magistratura Lima. 2000

FUENTES DIGITALES

Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006