

la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación se presentan en este supuesto analizado, ya que por un lado se conmina bajo apercibimiento de pena la conducta de quien no revela por falsedad u omisión el verdadero estado patrimonial que ostenta, mientras que por otro lado de acceder a ello pondría al funcionario en el lugar de quien declara –y bajo juramento– en contra de sus propios intereses obligado por imperio de la ley⁴⁸.

Habiendo sido tratada esta problemática en los tipos penales, nos remitidos a sus consideraciones por su similitud y en honor a la brevedad.

⁴⁸ No se trata aquí de sostener la impunidad de quienes ilícitamente se han enriquecido a costa de terceros, muchas veces apropiándose de las arcas del Estado, en forma indebida e ilegítima, sino de preservar en todo momento y como parte de un Estado democrático de Derecho aquellas garantías constitucionales que caracterizan a una sociedad justa y respetuosa de los derechos humanos en cualquier circunstancia y bajo cualquier hipótesis.

CAPÍTULO X PREVARICATO

El delito de prevaricato se encuentra regulado en nuestro Código Penal en el Capítulo X del Título XI del catálogo punitivo, junto a otras formas delictivas allí señaladas.

Se trata de una figura ilícita que proviene del Derecho español, que pasa a nuestra tradición tanto en el Proyecto Tejedor como en el de 1906 con una redacción similar a la actual.

I. Prevaricato

El delito de prevaricato se encuentra así en el artículo 269 de nuestro Código Penal, que expresa lo siguiente:

Art. 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 él 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 compondores.

Hasta aquí el texto legal. Ahora veamos las características principales de esta ilicitud funcional.

a) *Bien jurídico protegido*

La incriminación de los actos que definen el prevaricato responde a la necesidad de tutelar la recta administración de justicia y mediante ellos se pretende hacer viable la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia, sean estos actos cumplidos por los órganos adaptados para pronunciarla, sea por los auxiliares de ella.

Este delito es cometido por los integrantes del Poder Judicial y/o auxiliares abusando de las garantías que les otorga la Constitución. Aunque el prevaricato lesione, generalmente, intereses particulares, el daño que experimenta la administración es el que prevalece para establecer la objetividad jurídica del hecho.

De todos modos, dicha actividad jurisdiccional es sometida a estas consideraciones en tanto su contradicción con el derecho y la legislación provienen desde el ámbito interno de la propia administración¹.

Así las cosas, se encuentran en juego el deber de imparcialidad y objetividad de los órganos encargados de administrar justicia y el respeto al sistema de división de poderes propios de la organización estatal, en la medida en que los funcionarios encargados de administrarla deben cumplir acabadamente con el marco de actuación funcional impuesto por la legislación y la demás normativa legal que resulte aplicable según el caso. En la prevaricación se tuerce el Derecho por parte de quienes están sometidos únicamente al imperio de la ley².

b) *Tipo objetivo*

El término "prevaricar" significa etimológicamente "andar torcido"³.

¹ Ver ALFARO, Vanesa S., *Algunas consideraciones acerca del delito de prevaricato*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2004-2, *Delitos contra la Administración Pública - II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 253 y 254, con citas de Soler, Fontán Balestra, Creus, González Rus y Mir Puig.

² Ver DONNA, ob. cit., p. 415, cit. por CANTISANI, Inés, *Requisitos objetivos y subjetivos del delito previsto en el artículo 269 del Código Penal. Prevaricato*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2004-2, *Delitos contra la Administración Pública - II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 599 y ss., nota 1.

³ Y es -según Ulpiano- el término que los latinos usaban para designar a

La conducta punible consiste en *dictar una resolución* en el ejercicio de una función estrictamente jurisdiccional. Por lo tanto no quedan comprendidas las resoluciones dictadas en función de superintendencia, en las cuales el juez podrá cometer un abuso de autoridad, pero de ninguna manera prevaricato. Y esto es así porque lo tutelado es la función estrictamente jurisdiccional⁴.

Tales resoluciones pueden ser aquellas que se pronuncian para definir la cuestión debatida (sentencias definitivas); también las que resuelven una cuestión que no pone fin al proceso o que resuelven un incidente (sentencias interlocutorias), o finalmente los proveídos de mero trámite o decretos que ordenan y conducen el hilo del proceso (resoluciones de trámite o simples despachos)⁵.

Las resoluciones a las cuales se refiere el tipo legal deben reunir las siguientes condiciones: a) ser contraria a la ley expresa invocada por las partes, o b) encontrarse fundada en hechos o resoluciones falsas⁶.

Se contemplan así dos supuestos diferentes: el primero que podríamos llamar prevaricato de derecho, y el segundo, prevaricato de hecho.

1) *Prevaricato de derecho*

Desde el punto de vista objetivo, la resolución debe ser contraria a la ley expresa, pues la propia ley dice "invocada por las partes o por él mismo [juez]". Es una forma del delito que responde a las modalidades del llamado prevaricato de derecho⁷.

quienes poseían una manera especial de andar, dado que los huesos de las piernas de tales personas son largos y al mismo tiempo torcidos, de modo que al andar producen un curioso movimiento de balanceo, por el cual pueden inclinarse ya al lado izquierdo, ya al lado derecho mientras avanzan. Ulpiano, cit. por MOLINARIO, Alfredo, *Derecho Penal*, Segundo curso, La Plata, 1943, cit. por ALFARO, *Algunas consideraciones acerca del delito de prevaricato* cit., p. 278, nota 117.

⁴ Ver L. L. 1996-E-361.

⁵ Respecto de esto último algunos tribunales han manifestado la imposibilidad de la comisión del delito de prevaricato cuando la resolución judicial cuestionada es de aquellas que se denominan de "mero trámite", o de carácter formal, ya que en su criterio no constituyen una resolución que haga al derecho de las partes. Ver CFed. de San Martín, sala II, "Z., S.", del 7-5-96, L. L. 1996-E-361.

⁶ Ver BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 353.

⁷ Ver J. A. 1995-II-556.

Para que exista el delito de prevaricato debe, en primer término, ser la resolución dictada en contra de lo que la ley expresamente dispone.

Por ley debe entenderse no sólo la ley formal (Constitución Nacional o provincial, leyes nacionales o provinciales), sino también toda la normativa legal que pueda resultar de aplicación al caso⁸. Quedan excluidas las interpretaciones que de las leyes hubieran efectuado los tribunales superiores (por ej.: precedentes de la Corte Suprema), e incluso lo que se hubiese establecido por fallos plenarios de tribunales de alzada, aun cuando la norma procesal le otorgue carácter vinculante⁹.

A efectos de la configuración de este delito el sujeto activo debe actuar con conciencia del apartamiento legal, debe existir una clara contradicción a lo que la ley expresamente dispone. El autor debe saber que pronuncia su decisión en forma contraria a lo que la normativa establece, apartándose de su claro texto u omitiendo su manifiesta aplicación de manera dolosa.

Debe advertirse que el prevaricato no consiste en que una resolución sea contraria a la ley, o que el juez aplique equivocadamente el Derecho. Si así fuera toda sentencia revocada debería dar lugar a un proceso por prevaricación¹⁰.

La decisión judicial debe haberse decretado en una causa o expediente que se encuentre en curso, como manifestación jurisdiccional de la actividad estatal enderezada a administrar justicia. Se trata entonces de un pronunciamiento dictado en un proceso judicial en el cual la sentencia tenga carácter decisorio o dispositivo acerca de la relación procesal entablada en el juicio y sobre la que recaerá una modificación en la situación jurídica sometida a conocimiento del autor¹¹, quedando excluidas las pro-

⁸ En tal sentido quedan incluidas dentro del concepto de ley las disposiciones con fuerza ejecutiva como los decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones ministeriales y ordenanzas municipales, en la medida en que sean de carácter compulsivo y aplicables a la cuestión judicial.

⁹ Cfr. ALFARO, ob. cit., nota 19.

¹⁰ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. V, p. 211.

¹¹ Cfr. BUOMPADRE, Jorge, *La prevaricación judicial en el Código Penal argentino*, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Homenaje a Claus Roxin,

videncias de mero trámite o de carácter formal, pues no constituyen una resolución que hace al derecho de las partes¹².

El acto jurisdiccional practicado por error o ignorancia, o el que se basa en una previa declaración de inconstitucionalidad de la norma a criterio del juez no queda abarcado por el tipo penal.

Lo mismo sucede con una interpretación legal o de una disposición normativa. Las distintas interpretaciones que el juzgador pudiera dar a una cuestión jurídica jamás pueden dar lugar a esta comisión delictiva, pues para corregir los supuestos errores o interpretaciones jurídicas equivocadas están los remedios procesales que la ley ritual indica.

Es por ello que no comete delito el juez que dicta una resolución que se contradice con un pronunciamiento judicial propio y anterior, y que resuelve de modo distinto la cuestión judicial sometida a juzgamiento o modifica el criterio que había sustentado tiempo atrás¹³.

Es cierto que resulta bastante dificultoso establecer el límite que encuentra el intérprete del Derecho para considerar que la conducta de un magistrado puede obedecer a simples criterios de apreciación judicial, a una aplicación errónea pero involuntaria de la ley invocada, o en definitiva, si se trata de un accionar ilícito contemplado en el tipo penal en comentario¹⁴.

Debe aclararse previamente que el juez no está obligado a aplicar la ley que expresamente fuera invocada por alguna de las partes, ya que el principio *iuria curia novit* permite al juzgador aplicar libremente el Derecho, seleccionando la norma que resulta indicada para el caso concreto.

No prevarica el juez que simplemente elige una ley distinta a la invocada por las partes para fundar su resolución¹⁵. Lo delictivo es no aplicar la ley cuando se sabe que es aplicable, sin que encuentre

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 561, cit. por CANTISANI, ob. cit., p. 605, nota 4.

¹² Cfr. CFed. de San Martín, sala II, "Z. S., M. A.", del 7-5-96, D. J. 1996-302.

¹³ Ver CNFed.CCcorr., sala II, "Márquez", del 6-5-2003, D. J. 2004-2-106. También, mismo tribunal, sala VII, "G., R.", del 6-9-2005, D. J. del 25-1-2006, p. 187.

¹⁴ Ver CANTISANI, ob. cit., p. 604. Es por tanto que el delito debe ser interpretado como cometido "a sabiendas", tal como lo hacían los Proyectos de 1960 y 1979.

¹⁵ Cfr. CNCCorr., sala V, "Lobo", del 18-2-2003, elDial - AI1959.

justificativo su supuesto desconocimiento en razón a que las partes la invocaron en el expediente judicial. Por otro lado también se comete este delito cuando el juez determina la aplicación de la ley pero en un sentido notoriamente contrario al que la norma establece. En definitiva, se dará la tipicidad cuando el juzgador se aparta conscientemente y voluntariamente de la aplicación de una norma legal sabiendo que ella es la que debió ser aplicable a los fines de la resolución del pleito o de alguna cuestión judicial, sea ésta incidental, ordenatoria o definitiva que ponga fin al proceso.

2) *Prevaricato de hecho*

En el prevaricato “de hecho” la disposición jurisdiccional se funda en hechos o resoluciones falsas, y de allí su nombre.

En este caso la resolución será prevaricadora cuando está fundamentada en hechos o resoluciones falsas, pues en ambos casos se invocan falsedades como argumentos decisivos de la solución que el juez da a la cuestión juzgada; de tal manera media una relación entre el hecho o resolución falsa citada y el modo de decidirse el asunto sometido al conocimiento del juez¹⁶.

Quedan al margen del decisorio las citas bibliográficas y jurisprudenciales que ilustran el fallo por más falaces e inexistentes que ellas sean.

Los hechos son falsos –aclaramos– cuando no existen, o se les da una interpretación que realmente no tienen, o cuando no existen en la causa en los que se resuelve¹⁷.

De todos modos, los hechos o resoluciones falsas deben ser invocados en la decisión judicial como argumentos decisivos en la solución que el órgano jurisdiccional otorgue a la cuestión sometida a juzgamiento¹⁸, quedando al margen de la punibilidad otros hechos que no revisten tal carácter, por constituir cuestiones no esenciales o meramente descriptivas.

¹⁶ Ver L. L. 1984-B-480, sec. Jurisp. agrup., caso 5184.

¹⁷ En tal sentido se dijo que el prevaricato requiere que la sentencia se haya fundamentado “en hechos que no existieron, o que no existen, o que no han sido presentados tal como los presenta el juzgador, a sabiendas de esta circunstancia”. Cfr. CNCCorr., sala V, “Trib. Oral Crim. N° 6 y otros”, del 27-3-2003, c. 20.763.

¹⁸ Cfr. SOLER. ob. cit., t. V, p. 273, y ALFARO, ob. cit., p. 258.

c) *Agravante*

El segundo párrafo del artículo 269 prevé el caso de que la sentencia prevaricante sea condenatoria en causa criminal. El significado de los términos “causa criminal” debe ser entendido en sentido amplio, comprendiendo asimismo los juicios correccionales que también son procesos criminales, sólo que regidos por otras formas procesales.

Quedan excluidas de la agravante las que se siguen por faltas o contravenciones.

Por otro lado la sentencia tiene que haber declarado la responsabilidad del imputado, asignándole una pena o medida de seguridad.

El autor de este delito es por lo tanto –y en principio– un juez que tiene competencia penal por la materia específica de conocimiento¹⁹.

Se limita también con respecto al tipo básico la resolución judicial que pudiera dictarse en estas condiciones, ya que únicamente quedan comprendidas las sentencias condenatorias.

Tratándose de sentencias condenatorias, no puede cometerse este delito a través del dictado de otras resoluciones interlocutorias o de mero trámite. Debe ser un pronunciamiento judicial que ponga fin al proceso y que tenga por consecuencia la condena del imputado independientemente de la naturaleza de la pena allí impuesta (prisión, multa, inhabilitación, etc.), como también de su monto (días, años o meses) o de la modalidad de cumplimiento (en suspenso, en forma efectiva, etc.)²⁰.

En consecuencia, el agravante requiere de aquellas dos exigencias típicas: que se trate de una sentencia definitiva dictada en un juicio criminal, y que a la vez sea condenatoria y sancione al imputado de autos.

¹⁹ También puede serlo un juez con competencia civil o comercial en el caso de subrogar transitoriamente un juzgado con aquella competencia criminal.

²⁰ Por ello, una sentencia dictada conscientemente en contra de la ley expresa o en forma contraria a los hechos sucedidos y comprobados en la causa, de ser absolutoria, podrá ser constitutiva de la figura básica del prevaricato pero no en su forma agravada, aun cuando sea emitida en un juicio penal.

El delito se consuma de igual modo que el anterior, ante lo cual, a pesar del dictado de una sentencia nula, el delito queda configurado²¹.

El fundamento de la agravación contenida en este segundo párrafo responde a la circunstancia de encontrarse en juego la multiplicidad de bienes jurídicos que se afectan de tal modo. En efecto, además de la propia lesión a la administración de justicia que se ve lesionada por el acto prevaricante, se le suma el atentado a la libertad personal y a la dignidad del ser humano que se ve expuesto a una condena judicial en una causa penal.

d) Elemento subjetivo

Se trata de un delito de dolo directo, que no admite el eventual ni —aunque parezca obvio— mucho menos la culpa²².

Siendo un delito netamente doloso²³, el dolo consistirá en el conocimiento y voluntad de conocer la legislación aplicable y apartarse de sus indicaciones, aplicando una normativa diferente, o en basarse en hechos o resoluciones que se sabe no existieron o que se produjeron de un modo diferente al que es expuesto en la resolución judicial.

Realmente no se advierten demasiados antecedentes de esta forma de sanción, y por el contrario, la idea de despenalizar la modalidad imprudente fue adoptada por otros sistemas, como el alemán, donde sólo se castiga el prevaricato doloso y el resto pertenece a la órbita del Derecho Administrativo disciplinario²⁴.

Desde este punto de vista subjetivo, el prevaricato consiste en

²¹ Ver LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal*, p. 169, cit. por ALFARO, ob. cit., p. 265.

²² El prevaricato culposo tuvo acogida en el Derecho español, donde se sanciona el acto jurisdiccional dictado en forma contraria a la ley o a los hechos sucedidos en la causa por imprudencia temeraria del órgano jurisdiccional. Ver DONNA, ob. cit., p. 467.

²³ Ver CNFed.CCorr., sala VII, "G., R.", del 6-9-2005, D. J. del 25-1-2006, p. 187.

²⁴ Ver ALFARO, ob. cit., p. 260, con cita de GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de los funcionarios públicos*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CBPI, 1995, p. 67.

la discordancia entre el derecho declarado y el conocido, o sea, el acto judicial consciente de la mendacidad de lo invocado o sostenido.

Aun así, no necesita el tipo penal que el acto judicial se encuentre inspirado en un propósito de perjudicar o beneficiar a una de las partes del proceso²⁵.

Por lo tanto, el acto judicial debe haber sido dictado a sabiendas de la contradicción con el derecho aplicado, no bastando el error o la negligencia²⁶.

e) Autoría

Sujeto activo del delito de prevaricato sólo puede ser un juez, cualquiera que sea su competencia o jurisdicción, nacional o provincial, tanto el que desempeña ese cargo en un tribunal unipersonal o colegiado. Igualmente pueden serlo los letrados o los legos, aunque respecto de estos últimos solamente pueden prevaricar por citar hechos falsos (prevaricato de hecho).

Por otra parte, no podemos negar la calidad de autores a los conjuceces, que son abogados llamados para actuar en una causa determinada²⁷.

Se trata por ello de un delito especial propio, que como bien señala Alfaro²⁸ es de aquellos considerados de propia mano, y por lo tanto no admite ninguna forma de complicidad, aunque puedan ser posibles la coautoría y la instigación, quedando al margen de la punibilidad la autoría mediata ya que resulta necesario que el funcionario público realice el hecho por sí mismo y en forma personal.

²⁵ En el supuesto de constatarse dicha finalidad, y encontrarse la misma motivada en un acuerdo venal, el hecho podría dar lugar a la aplicación de la figura penal del cohecho especial contenido en el art. 257 del CP. Se sostuvo en igual sentido que "el autor tiene que poseer conocimiento y voluntad de resolver contra lo que dispone la ley invocada como fundamento de su fallo, o que los hechos o las resoluciones en las que se basó no existieron o no tuvieron la significación que él les otorgó, independientemente de los resultados perjudiciales o beneficios que, para una parte, pueda tener". Ver CNCCorr., sala VII, "Kipper", del 31-3-2005, SAII, sumario G00222212.

²⁶ Ver CNCCorr., sala V, "Wilde", del 26-8-99, c. 11.618.

²⁷ SOLER, ob. cit., t. V, p. 208.

²⁸ Ver ALFARO, ob. cit., p. 254, con cita de Carlos Creus y Mir Puig en notas 9 y 10.

f) *Consumación y tentativa*

El delito se consuma ni bien se suscribe o dicta la resolución prevaricante en razón de que se trata de un delito de mera actividad o delito formal que no requiere de ningún resultado. Es, en este sentido, un delito formal e instantáneo que se configura con la firma del juez²⁹, resolución que se da por lectura o verbalmente, en el caso de un proceso oral³⁰.

La tentativa no es posible en razón de tratarse de un delito de mera actividad que se consuma con el pronunciamiento judicial. Los actos anteriores a la firma de la resolución en el procedimiento escrito o al pronunciamiento verbal en el proceso oral deben ser entendidos como actos preparatorios impunes que no constituyen comienzo de ejecución del acto de prevaricación.

II. Prevaricato de personas equiparadas

La ley consideró conveniente –a los efectos de este delito– equiparar los árbitros y arbitradores amigables componedores a los jueces integrantes del Poder Judicial, en razón de que cumplen una función jurisdiccional, regulada por los artículos 736 a 772 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial.

La remisión al primer párrafo del artículo 269 del Código se explica porque los árbitros y arbitradores amigables componedores carecen de facultades para dictar sentencias en materia criminal, y por lo tanto no les alcanza la agravante del párrafo segundo del citado artículo³¹.

En estos casos, los sujetos indicados por la norma deben tener que conocer y querer dictar una resolución contra lo que expresamente

²⁹ En igual sentido, ver ALFARO, ob. cit., p. 255, y CNCas.Pen., sala IV, L. L. 2001-E, fallo 102.752.

³⁰ La actuación de los secretarios judiciales, especialmente en el ámbito del Derecho Procesal Penal, no puede considerarse como forma de participación alguna a pesar de que el ordenamiento ritual exige que la resolución sea refrendada por aquéllos. Ver CNCas.Pen., sala IV, "Diamante", del 26-4-2001, c. 1900.

³¹ Cfr. CREUS, ob. cit., p. 357.

establece la ley que es invocada como sustento de su decisión, o que los hechos no existieron o al menos no sucedieron como lo expresan en el resolutorio, por lo que el dolo asume en estos casos la modalidad de dolo directo³².

III. Prisión preventiva ilegal

El llamado delito de prisión preventiva ilegal se encuentra contemplado en el artículo 270 del Código Penal.

El artículo citado establece lo siguiente:

Art. 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.

Puede advertirse aquí una notable disminución de la penalidad a pesar de la gravedad de la conducta reprochada en la que se pone en juego –además de la lesión a la administración de justicia– la libertad de las personas³³.

a) *Tipo objetivo*

La ilicitud reseñada contempla dos modalidades similares de comisión delictiva. Una consiste en decretar prisión preventiva por un delito en el que no procede su dictado, y la otra en prolongar la prisión preventiva cuando debió disponerse la soltura del imputado.

No deja de ser una forma de prevaricación e incluso un abuso de autoridad específico que adopta una forma especial en razón al carácter y naturaleza de la decisión judicial indebida. El núcleo de la cuestión ilícita gira en torno al instituto procesal de la prisión preventiva.

³² Ver DONNA, ob. cit., p. 467.

³³ Cfr. NOCETTI FASOLINO, *Prevaricato*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXIII, ps. 97 y ss.