

CAPÍTULO X PREVARICATO

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 el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

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

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

(Multa actualizada por ley 24.286, art. 1º, B.O. 29/12/1993).

1. INTRODUCCIÓN

La acción típica descripta por el artículo no consiste en el mero dictado de resoluciones (sentencias, autos), sino en hacerlo de dos formas determinadas: a) de modo contrario a la ley expresada por las partes o por el mismo juez (prevaricato de derecho), b) o bien, respetando el texto legal invocado por las partes o por él mismo, pero fundando la resolución, en hechos o resoluciones anteriores falsas (prevaricato de hecho)⁽¹⁾.

1.1. Antecedentes

El Capítulo X del título de los delitos contrarios a la Administración Pública está dedicado al prevaricato. 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, criterio que se mantiene en algunos Códigos como el italiano (Maggiore, *Derecho penal*, vol. III, p. 371). En el derecho romano 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

(1) AMANS - NAGBN, *Manual...*, cit., p. 513.

ese mismo sentido pasó la institución al derecho canónico. En las Partidas aparece ya el prevaricato del juez, que ha de mantenerse como una tradición jurídica hispana, y el de los abogados y procuradores. La última corriente señalada es la seguida por todos los antecedentes nacionales, de modo que el capítulo correspondiente no ha sido objeto de cambios esenciales⁽²⁾.

El proyecto de Tejedor dedica un capítulo al prevaricato, que comprende el prevaricato de los jueces, dentro del cual aparece abarcada la denegación de justicia y el prevaricato de abogados y procuradores. Las penalidades alcanzan a los jueces árbitros, los asesores y los peritos. El proyecto de 1881 mantiene el sistema y el contenido, que tampoco cambia en lo esencial, el Código de 1886. El proyecto de 1891 sitúa el capítulo en el título de los delitos contra la Administración Pública y dedica acápite especial a la denegación y retardo de justicia, con el mismo contenido que le da la ley vigente. El proyecto de 1906 agrega la figura de la prisión preventiva ilegal, que aparecía en la ley 4189 de reformas al Cód. Penal del año 1903 y es ese el texto que pasa al Código (*Exposición de motivos de 1917*, p. 237). El texto actual del art. 269 es el originario con la modificación dispuesta por ley 24.286 en cuanto al monto de la multa.

1.2. Bien jurídico protegido

En general, hay acuerdo en que los delitos previstos en este capítulo atentan contra la administración de justicia, debido a la actividad infiel llevada a cabo por quienes integran el aparato judicial, los ministerios públicos y los que actúan ante los órganos jurisdiccionales como auxiliares de la justicia (Creus, Núñez, Soler, Laje Anaya). El prevaricato dice Núñez, es un atentado contra la administración de la justicia, cometido con violación de sus deberes esenciales por los jueces, abogados, mandatarios, fiscales, asesores u otros funcionarios competentes para emitir dictámenes ante las autoridades⁽³⁾.

2. PREVARICATO DE DERECHO (PÁRRAFOS 1º Y 3º)

2.1. Introducción

Este delito ha sido tachado de inconstitucional por parte de la doctrina, pese a la existencia de férreos defensores (De Luca - López Casariego, p. 249 y ss.). Afirmaba Moreno, que la determinación del prevaricato con respecto al derecho no era fácil de establecer. Y decía con agudeza, tan escasa hoy en día: "los magistrados por lo mismo que tienen libertad de criterio y de interpretación, pueden equivocarse y si cada vez que incurriesen en errores jurídicos, fueran reos del prevaricato, todos los jueces sin excepción alguna serían delincuentes. Cada vez que a un juez se le revocase una sentencia, ese magistrado sería legalmente un prevaricador. En efecto, los jueces, deben fundar sus sentencias en ley y citar los artículos de la misma, según lo establecen las reglas del procedimiento, de manera que una sentencia revocada significa que el magistrado ha

(2) FONTÁN BALESTRA, *Tratado...*, t. VII, ps. 371-373.

(3) BUOMPADRE, *Tratado...*, cit., t. 3, p. 361.

apreciado mal los hechos, ha aplicado mal el derecho o ha incurrido en los dos defectos al propio tiempo"⁽⁴⁾. Molinario - Aguirre Obarrio van más allá todavía, afirmando que se excluye del tipo penal lo dispuesto por las leyes que no fueron citadas en juicio por el juez mismo ni las partes. En este sentido la jurisprudencia ha seguido este criterio al firmar que si nadie ha invocado la ley no puede haber prevaricato, aunque la resolución sea contraria al derecho que se debió aplicar. No constituye el delito de prevaricato el apartamiento de una doctrina plenaria por un magistrado, que al resolver no citó el art. 303 del Cód. Proc. y el mismo no fue invocado por las partes litigantes" (CNCasación Penal, sala I, 5/10/1994, "Vaccari, Horacio y otro JA 1995-II-556")⁽⁵⁾.

Prevaricato de hecho: el delito también puede consistir en la invocación falsa de los hechos, sin perjuicio de que se debe tener en cuenta el margen de interpretación que tiene el juez. Para que se cometa el delito el juez debe citar para fundar el fallo o el auto un hecho o resolución falsos. Moreno da como ejemplo los siguientes: un testimonio no producido, un documento no agregado. Y exige este mismo autor que este elemento sea el fundamento de su resolución⁽⁶⁾. Para Creus, la falsedad de los hechos o resoluciones tanto puede ser de circunstancias inexistentes o de darle a las existentes una significación que no tienen. Pero es importante insistir que un hecho es falso cuando el juez sabe que no existe o no existió, o que existió de una manera distinta a como él lo presenta, pero no lo es aquel cuya acreditación conforme a la prueba, depende del criterio del juzgador⁽⁷⁾.

2.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico tutelado es la administración de justicia (Núñez, p. 147; Soler, p. 271), que constituye uno de los pilares fundamentales de un estado de derecho. El servicio de justicia se lesiona cuando los jueces dictan resoluciones contrarias a la ley, generando desigualdades arbitrarias en la tutela de los derechos de los particulares. Al dictar resoluciones contradictorias los magistrados afectan el servicio de justicia, provocan perjuicios a los litigantes a la par de crear una situación de desconfianza en los particulares sobre la efectividad de la tutela judicial⁽⁸⁾.

2.3. Tipo objetivo

2.3.1. Acciones típicas

Consiste en dictar resoluciones contrarias a la ley expresa que invocan las partes o el mismo juez, y citar, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas. Se

(4) MORENO, ob. cit., t. VI, ps. 278-279.

(5) DONNA, *Derecho penal especial*, t. III, ps. 416 y ss.

(6) MORENO, ob. cit., t. VI, p. 280.

(7) CREUS, ob. cit., p. 422; NÚÑEZ, ob. cit., t. VIII, p. 149.

(8) ABOSO, ob. cit., p. 1279.

trata de resoluciones que revisten carácter jurisdiccional, es decir, aquellas mediante las cuales se decide o se dispone jurisdiccionalmente sobre algo, quedando excluidas las que resuelven puntos de superintendencia. El delito se comete mediante una acción positiva en tanto requiere por parte del sujeto activo un pronunciamiento con las características señaladas. *Dictar resoluciones contrarias a la ley invocada*: también llamado prevaricato de derecho implica adoptar una solución que dispone algo contrario a lo que la ley invocada permite disponer, o sea manda o prohíbe algo que la ley invocada no manda o no prohíbe. La expresión "ley" se refiere tanto a la ley en sentido formal como a los decretos reglamentarios y los que dictan los poderes del estado que autorizadamente pueden regular relaciones jurídicas (ej. ordenanza). "Ley expresa" se refiere a que expresamente haya sido invocada como fundamento de la resolución por parte del juez. El prevaricato se produce igualmente cuando el juez ha fundado contradictoriamente la resolución en una ley que las partes han invocado (no prevarica el juez que simplemente elige una ley distinta de la invocada por ellos para fundar su resolución). La contradicción tiene que ser, además de subjetiva, objetiva (no es suficiente que el juez crea que resuelve en contra de la ley que invoca, es necesario que realmente la resolución la contradiga) pues, lo punible es la contradicción entre la resolución y la ley que el agente presenta como fundamento jurídico de la decisión que constituye aquella.

Dictar resoluciones fundamentándolas en hechos o resoluciones falsos: refiere que se invoquen hechos o resoluciones falsas como los argumentos decisivos de la solución que el juez da a la cuestión juzgada; la decisión tiene que apoyarse, total o parcialmente, en la invocación de esos hechos o resoluciones. Las falsedades son aquellas que se refieren a hechos que no existieron o que existieron con significaciones distintas. El hecho será falso cuando el juez sepa que no existió o que no existe, o existió pero no del modo en que lo presenta en su fundamentación (Creus, *Derecho penal especial*, p. 328)⁽⁹⁾.

Personas equiparadas: el tipo alcanza con las disposiciones del primer párrafo a los árbitros y amigables componedores. Se las excluye del segundo párrafo, ya que nunca podrían dictar sentencias penales. Gran parte de la doctrina sostiene que solo los jueces letrados pueden ser sujetos activos del prevaricato de derecho, mientras que los jueces legos y los amigables componedores solo pueden cometer el prevaricato de hecho, porque estos últimos para fallar no tienen que ajustarse al derecho, sino que deben pronunciarse según su leal saber y entender, por lo cual quedaría excluida la posibilidad de contrariar la ley; si son legos no tienen por qué conocer el derecho. Sin embargo, otros autores (Núñez, Creus) aceptan tal posibilidad: cuando el lego se aparte a sabiendas y maliciosamente de lo que la ley dispone sobre el caso justiciable, se dará el supuesto previsto por la primera parte del primer párrafo del art. 269 del Cód. Penal.

(9) PÉREZ, Christian D. (arts. 269-281 bis) en ARCE AGGEO - BÁEZ, *Código...*, cit., t. 3, ps. 1313-1314.

2.3.2. Sujetos del delito

Sujeto activo solo puede ser el juez nacional o provincial de cualquier fuero o instancia, ya sea que integre el poder judicial de forma permanente o accidental (conjuces). Están excluidos los jueces municipales de faltas, ya que no integran el poder judicial. Los sujetos equiparados del tercer párrafo no pueden ser sujetos activos en la agravante del segundo párrafo, porque nunca podrían dictar una sentencia militar. A su vez, la mayoría de la doctrina sostiene que tampoco podrían ser sujetos del prevaricato de derecho —al igual que los jueces legos— en razón de que no están obligados a fundar en derecho sus resoluciones fallando solamente según su leal saber y entender. Hay quien postula que también es posible para estos apartarse a sabiendas y maliciosamente de lo que la ley dispone para el caso, siendo también pasibles de reproche penal en el marco de la norma (Núñez)⁽¹⁰⁾.

2.4. Tipo subjetivo

El autor tiene que saber y tener la 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 (Moreno, p. 280). Dadas las características expuestas, expresa Donna, es necesario para completar el aspecto subjetivo el dolo directo. Es indiferente el propósito ulterior que haya tenido el juez al dictar una resolución prevaricante, sin olvidar que en la legislación argentina el prevaricato se encuentra separado del cohecho, por lo que el fin de lucro necesario en este último no está presente en el prevaricato, sin perjuicio de que existan otros motivos que hayan llevado al sujeto activo a actuar de dicha manera. La existencia de culpa o de error excluye el prevaricato. "Prevarica quien hace pasar como derecho algo que positivamente sabe que no lo es, aquel que funda su decisión en hecho o resolución que sabe falso y quiere hacer pasar por verdadero. [...] 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 beneficiosos que, para una parte, pueda tener. Como se vienen analizando, es necesario el dolo directo y la existencia de culpa o error excluyen el prevaricato". Solo la malicia o mala fe pueden dar lugar al delito. Si bien en las resoluciones del juez acusado se llegó a soluciones diametralmente opuestas, si su simple lectura permite advertir que las decisiones se sostienen en una diversa consideración de la base fáctica, corresponde confirmar el sobreseimiento decretado. CNCrim. y Correc., 31/3/2005, "Kipper, Claudio", SAIJ SUG0022212.

2.5. Consumación y tentativa

Es un delito que se consuma con el dictado de la resolución, con independencia de que se cause daño y de que sea susceptible de recurso. Si se trata de

(10) GONZÁLEZ, ob. cit., ps. 254-255.

procedimiento escrito la consumación llega con la firma de la pieza escrita por parte del juez; si es juicio oral con el pronunciamiento verbal dictado en la audiencia. No es necesario que tal decisión alcance ejecutoriedad, ni que haya producido un resultado dañoso. La doctrina se inclina por negar la posibilidad de la tentativa (Creus, p. 436).

2.6. Agravante (párrafo segundo)

La discusión que ha suscitado en la doctrina este término se puede resumir sucintamente de la siguiente forma. Por una parte, se ha afirmado que se comprenden tanto los delitos en los que son competentes los jueces de instrucción como jueces correccionales, esto es delitos comprendidos en el Cód. Penal y leyes nacionales. Núñez, por su parte en el *Manual* agrega las causas por faltas y contravenciones. Para Moreno, el motivo de la agravante es el daño que tal sentencia puede resultar para las personas. No hay duda de que la primera posición es la acertada, habida cuenta de la gravedad de la pena y de los propios antecedentes que Moreno trae en su obra⁽¹¹⁾. Molinario, agregaba que debe tratarse de crimen, por lo tanto, se debe dejar de lado los delitos contravencionales y aún los correccionales; la agravante no corre en los casos en que la sentencia sea absolutoria (Donna, p. 420).

2.7. Competencia

Corresponde que la justicia provincial ordinaria —y no la federal— continúe entendiendo en la denuncia por mal desempeño de jueces de un tribunal provincial en un caso particular sometido a su conocimiento en tanto no existe materia ni se advierte circunstancia alguna que surtan la competencia federal de naturaleza excepcional e interpretación restrictiva (Fallos: 319:218, 308, 769; 321:207; 322:589 y 328:988) (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite). CS, 23/6/2015, "N. N. s/ abuso de autoridad y viol. deb. func. públ (art. 248) y prevaricato", SAIJ SUA0077018.

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 art. 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

(Multa actualizada por ley 24.286, art. 1º, B.O. 29/12/1993).

(11) MORENO, ob. cit., ps. 281 y ss.

I. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva, es una medida cautelar que tiende a asegurar los fines del proceso. Generalmente se dicta ante lo que denomina riesgos procesales, esto es, peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, aunque las condiciones de procedencia de la prisión preventiva dependen de la legislación procesal de que se trate.

1.1. Antecedentes

El proyecto de 1891 había previsto este delito entre los delitos contra la libertad. Posteriormente en el proyecto de 1906 se desplazó hacia los delitos contra la Administración Pública. En el proyecto de 1891 se decía: "tiene por objeto esta disposición reprimir injusticias harto frecuentes en los tribunales argentinos. La simple detención acordada durante las primeras investigaciones de un delito, se convierte con demasiada facilidad en prisión preventiva, y una vez el procesado en la cárcel, su vuelta a la libertad queda definitivamente aplazada". Con la enmienda que introducimos cesará ese estado de cosas y no ocurrirá ya, como ha ocurrido, que procesados por delitos que merezcan un mes de arresto, permanezcan preventivamente detenidos durante tres o cuatro años, sin más motivo que el no haberse dictado sentencia firme" (Moreno, t. VI, p. 284)⁽¹²⁾.

1.2. Bien jurídico protegido

Bien han dicho Molinario-Aguirre Obarrio que acá están en juego dos bienes jurídicos. El primero de ellos es la administración de justicia tal como se ha analizado en el art. 269, y el segundo, la libertad de la persona de manera tal que no hay duda de que en este caso la víctima podría constituirse como parte querellante⁽¹³⁾.

1.3. Tipo objetivo

Los supuestos comisivos son dos: a) decretar prisión preventiva por un delito en virtud del cual no procede, y b) prolongar la prisión preventiva más allá de la pena máxima que correspondería al delito imputado.

1.3.1. Acción típica

En ambas hipótesis, el elemento común es la existencia de una prisión preventiva dictada en el marco de un proceso penal en contra de una persona imputada de un delito. La diferencia entre una y otra modalidad delictiva reside en que la primera requiere una conducta orientada hacia el futuro (decretar una prisión preventiva, aún no dictada), mientras que la segunda es la consecuencia de una prisión preventiva ya decretada (en el pasado), esto es, prolongar el

(12) DONNA, ob. cit., p. 423.

(13) Ídem.