

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA

**ESCUELA DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**



TESIS

**Título: “EL DELITO DE PREVARICATO DE DERECHO FRENTE A LAS
INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
AYACUCHO ENTRE LOS AÑOS 2015 AL 2017”**

Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho con Mención en Ciencias Penales

Presentado por:

Bach. JARA JANCCO, KATTY CANDY

Asesor De Tesis:

Aldo Rivera Muñoz

AYACUCHO – PERÚ

2019

Dedicatoria:

A mi maestro sanmarquino Luis Enrique Antúñez y Villegas, esperando que desde el cielo, esté orgulloso del profesionalismo crítico que forjó en mí.

Agradecimientos:

A mis padres, por enseñarme a conseguir todo con esfuerzo y sacrificio.

A mis hermanos y sobrina, por motivarme a ser un ejemplo.

A mis docentes, por cada crítica y aporte que permitió superarme.

Al pueblo de Ayacucho, por ser inspiración e impulso de gratitud.

A mi compañero y amistades, por su aliento y comprensión ante mis horas de ausencia invertidas en este trabajo.

RESÚMEN

La presente tesis analiza la problemática que se genera en la calificación de las denuncias por el delito de prevaricato de derecho, debido a que la mayoría de denuncias es desestimada considerando los hechos como simples infracciones administrativas. Por ello, el problema principal que se plantea es determinar los criterios para delimitar la aplicación del delito de prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas en el distrito judicial de Ayacucho entre los años 2015 al 2017, teniendo como hipótesis que dichos criterios son: la imputación subjetiva, la grave vulneración a la eficacia de la administración de justicia y la grave afectación a los derechos de los justiciables.

SUMMARY

This thesis analyzes the problem that is generated in the classification of complaints for the crime of legal malfeasance, because the majority of complaints is dismissed considering the facts as simple administrative infractions. Therefore, the main problem that arises is to determine the criteria to delimit the application of the crime of malfeasance against administrative infractions in the judicial district of Ayacucho between 2015 and 2017, having as hypothesis that these criteria are: subjective imputation, the serious violation to the effectiveness of the administration of justice and the serious affectation to the rights of the justiciables.

INDICE

	Pág.
DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
RESÚMEN.....	iv
SUMMARY.....	v
INTRODUCCIÓN.....	10

TÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática.....	12
2.1 Formulación del problema.....	17
a) Problema principal.....	17
b) Problemas secundarios.....	17
3. Indagación de investigaciones preexistentes.....	17
4. Delimitación de la investigación.....	20
5. Alcances de la investigación.....	20

II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Objetivo General.....	20
2.2. Objetivos Específicos.....	20

III. JUSTIFICACION, IMPORTANCIA Y LIMITACION DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Justificación de la Investigación.....	21
3.2. Importancia de la Investigación.....	23

IV. MARCO TEORICO

1. Antecedentes de la Investigación.....	25
2. Marco Conceptual.....	35

V. FORMULACION DE LAS HIPOTESIS DE INVESTIGACION

a) Hipótesis General.....	35
b) Hipótesis Derivadas.....	36

VI. IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LAS VARIABLES..... 36

VII. OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES..... 37

VIII. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1. Tipo y nivel de investigación.....	40
2. Método y diseño de la investigación.....	41
3. Universo, población y muestra.....	42
4. Técnicas, instrumentos y fuentes de recolección.....	44
5. Técnicas de procesamiento y análisis de datos recolectados.....	46

TÍTULO II

DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I:

IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1.1- Concepto de Imputación subjetiva.....	47
1.2- Concepto de dolo.....	48
1.3- Diferencias entre dolo y culpa.....	51
1.4- Clases de dolo.....	54
1.5- La demostración del dolo.....	55

CAPÍTULO II
LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO BIEN JURÍDICO
PROTEGIDO

2.1- Concepto de Administración Pública.....	57
2.2- Administración Pública como bien jurídico protegido genérico.....	59
2.3- Concepto de Administración de Justicia.....	65
2.4- Correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.....	68

CAPÍTULO III
DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA
MODALIDAD DE PREVARICATO

Origen Histórico.....	73
Origen Normativo.....	75
Concepto.....	75
Bien Jurídico Tutelado.....	78
Tipicidad Objetiva.....	80
Conducta típica.....	83
Tipicidad Subjetiva.....	90
El perjuicio como condición objetiva de punibilidad o como consumación.	92
Formas agravadas.....	94

CAPÍTULO IV
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PARA JUECES Y
FISCALES

4.1- Sobre la Potestad Sancionadora.....	97
4.2- Responsabilidad disciplinaria.....	99
4.3- Concepto de Infracción administrativa.....	101
4.4- Infracciones Administrativas aplicables a Jueces y Fiscales.....	103

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

5.1- Delito de Prevaricato en España.....	107
5.2- Delito de Prevaricato en Argentina.....	116
5.3- Delito de Prevaricato en Chile.....	119
5.3- Delito de Prevaricato en Venezuela.....	124

TÍTULO III

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1- Descripción de los resultados.....	128
Análisis casuístico.....	128
Análisis estadístico.....	146
Análisis de las entrevistas a especialistas.....	163
3.2- Contrastación de la hipótesis.....	169

TÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1- Conclusiones.....	172
2- Recomendaciones.....	174
BIBLIOGRAFÍA	177
ANEXOS.....	179

INTRODUCCIÓN

El año 2018 ha sido marcado por grandes escándalos de corrupción en todos los niveles sociales e instituciones públicas que conforman el Estado, ingentes sumas de dinero ilícito destinadas a garantizar la consecución de obras estatales sobrevaluadas; pero también para ocultar actos ilícitos de toda índole, corrompiendo la voluntad de quienes son los llamados a perseguir y sentenciar dichas conductas: Fiscales y Jueces.

Si bien, desde hace varios años, en nuestro país las instituciones públicas en general y las instituciones de administración de justicia en particular, sostienen bajos índices de aprobación en la opinión pública debido a la lentitud y controversia en la emisión de sus pronunciamientos; el destape de corrupción en las más altas esferas del Consejo Nacional de la Magistratura, Poder Judicial y Ministerio Público, ha devenido en una galopante indignación ciudadana, seguida de innumerables propuestas y medidas para “mejorar” la administración de justicia y evitar así que las decisiones que emitan los magistrados que las conforman, estén motivadas por intereses distintos que la aplicación del ley para hacer justicia.

Por ello, la coyuntura social actual pone en cuestión la labor que realizan los magistrados (jueces y fiscales) en su rol de administrar justicia y hacer valer los derechos de los justiciables. Labor que se ve materializada en las decisiones que emiten a través de sus resoluciones o dictámenes (debiendo considerarse que en algunas regiones con la aplicación del código procesal penal, los Fiscales emiten sus decisiones a través de providencias, disposiciones y/o requerimientos y ya no de dictámenes). Es así que la persecución penal contra los magistrados que incumplan su función a través del delito de prevaricato, constituye una garantía del Estado hacia los justiciables para salvaguardar que sus derechos sean respetados al acudir ante los órganos de administración de justicia.

Pese a ello, las estadísticas sobre sentencias condenatorias por delito de prevaricato, dan cuenta de una ínfimo (en algunos casos nula) incidencia de la comisión de éste delito. Tal circunstancia lleva a preguntarnos si es que entonces, ¿todos los magistrados emiten sus decisiones con arreglo a ley?, ¿por qué entonces tan bajos niveles de aprobación sobre la labor de jueces y fiscales? Un esbozo de respuesta a tales interrogantes, está en que la mayoría de casos en que se cuestiona la conducta de un juez o fiscal al emitir una decisión, se ve perseguida por el Estado a través del procedimiento administrativo sancionador y no del Derecho Penal, tipificando dichas conductas como infracciones administrativas y no como delito de Prevaricato, confundiendo los límites punitivos de una y otra figura al calificar una determinada conducta, hecho que se agrava si se pretende analizar la descripción típica del prevaricato de Derecho, que contiene términos de discutible interpretación como “manifiestamente contraria a ley” y “texto expreso y claro.

El análisis abarcaría desde la propia imputación del agente que lo comete, del conocimiento y la voluntad que éste tenga o de su actuar negligente en el cumplimiento de sus funciones, además resultará necesario analizar las fronteras de vulneración contra la administración de justicia, así como contra los derechos de los justiciables en concreto

TÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1- Descripción de la realidad problemática

Considerando que toda norma es para ser aplicada de forma plena y contundente, para de ese modo la administración de justicia sea lo más eficaz y oportuna posible, como garantía de una cabal tutela de los derechos, coherencia y justa aplicación de las normas, así como que el aparato jurisdiccional cumpla con su papel de garante de una pertinente administración de justicia, en nuestro ordenamiento normativo cifrado en el Código Penal hay una norma planteada a modo de exigencia ético moral al Estado, que en el cumplimiento de su función de administración de justicia, éste debe ser también pasible de sanción penal; sin embargo, como el Estado no opera como ente lequía abstracta, la responsabilidad de cumplir esta función es representada en sus operadores del derecho, quienes deben ser, en representación del Estado, los obligados en aplicar las normas que el Estado mismo ha instituido.

En esa misma línea de representar al Estado en la ejecución de las normas que establece, estos operadores no solo serían los que cumplirían el papel de

ejecutores, sino también los que en su representación, sufran las sanciones penales por los delitos cometidos en el cumplimiento de dichas funciones, es decir, cuando atentan en contra de su función de administrar justicia, al emitir pronunciamientos contrarios a la ley, perjudicando a los justiciables y a la eficiencia de la administración de justicia.

Concretizando lo expresado en el párrafo anterior, una de las conductas contrarias a las funciones antes mencionadas, estaría plasmada en el artículo 418° del Código Penal peruano, que describe la conducta punible del delito de Prevaricato señalando que es cometido por “*El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas*”; de la redacción realizada por el legislador para establecer que serán sancionadas como prevaricato, se encuentran tres supuestos: 1) dictar resolución o dictamen manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley; 2) citar pruebas inexistentes o hechos falsos y 3) apoyarse en leyes supuestas o derogadas. De éstas conductas, es la primera de ellas, denominada por la doctrina como Prevaricato de Derecho, la que genera mayores problemas de interpretación para su aplicación práctica, especialmente para determinar cuándo una decisión es emitida de forma “*manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley*”, lo cual cobra mayor relevancia al tratar de establecer los límites para calificar dicha conducta como delito o como infracción administrativa.

Así, en el Caso N° 53-2008-AREQUIPA, la Fiscalía de la Nación emitió la Disposición de fecha 26.08.2011, autorizando el Ejercicio de la Acción Penal contra los Doctores Javier Otazu Vera, en su condición de Juez del Juzgado Mixto de Caravelí, y Luis Américo Sánchez Miñano, en su condición de Juez Suplente del Juzgado Mixto de Caraveli, por los delitos de Prevaricato y Abuso de Autoridad; en cuanto a la imputación realizada como prevaricato, se

considera que en el Expediente N° 2004-028-0-0411-JM-CI-01 el Juez Javier Otazu Vera expidió la Resolución N° 77 de fecha 02-10-2007, disponiendo la notificación a los poseedores de los fundos considerados en el proceso dentro de Inventario de Bienes, a fin de que entreguen los bienes al administrador judicial designado por el juzgado, en el plazo de 30 días, bajo apercibimiento de proceder a su lanzamiento, sin tomar en consideración lo dispuesto por el último párrafo del artículo 768° de Código Procesal Civil, que señala que “el inventario no es título para solicitar la posesión de los bienes”.

Por otro lado, en el Caso N° 133-2014-ODCI-AYACUCHO, la Fiscalía de la Nación emitió la Disposición de fecha 12.11.2015, declarando No Haber Mérito para Autorizar el Ejercicio de la Acción Penal contra la magistrada Roxana Molina Falconí, en su actuación como Juez del Segundo Juzgado Unipersonal de Ayacucho, por la presunta comisión del delito de Abuso de Autoridad y Prevaricato, en agravio de Amílcar Huancahuari Tueros y otros; caso cuya conducta imputada como Prevaricato consistía en haber expedido en el Expediente N° 2421-2011-15-05-01-JR-PE-01, la Resolución N° 98 de fecha 02.09.2014, por la que subrogó por su primera inasistencia a Audiencia, a los Abogados Marco Antonio Contreras Vera y otro, en su condición de Abogados de la defensa de los imputados Pánfilo Amílcar Huancahuari Tueros y otros, causando estado de indefensión a los mismos, contraviniendo el texto expreso y claro del numeral 5) del artículo 359° del Código Procesal Penal, que prescribe que “Cuando el defensor del acusado injustificadamente, se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o 3 audiencias no consecutivas, sin perjuicio de que, en ambos casos, a la segunda sesión se disponga la intervención de un abogado defensor de oficio, se le excluirá de la defensa. Entre los fundamentos que sostienen el archivamiento son que la magistrada en estricto no dispuso de exclusión de la defensa de los abogados denunciadores, sino su subrogación para participar en dicha audiencia y que además la resolución cuestionada no ha causado indefensión a los imputados,

puesto que fueron asistidos por un Abogado y en sesiones posteriores algunos abogados subrogados fueron ratificados y continuaron ejerciendo su defensa.

Visto los casos concretos podemos apreciar la ambigüedad del delito de prevaricato, para cuya comprensión se requiere hacer un análisis estructural integral que vaya más allá de la estructura particular del artículo 418° del Código Penal, que permitan establecer los criterios para delimitar las inconductas cometidas por magistrados y establecer así cuándo éstas serían reprochables a título de infracción administrativa y cuándo cruzan dicha frontera y sean reprochables penalmente; todo ello con el fin de evitar que conductas que atenten gravemente contra la administración de justicia, terminan diluyendo la aplicación plena del delito de Prevaricato de Derecho, derivándolas en meras infracciones administrativas.

Precisando lo afirmado en el párrafo anterior, se tendría que en primer lugar hacer un estudio concordado de las normas conexas con el delito de prevaricato, la caracterización y tipología de las actuaciones de los magistrados, así como los precisar los alcances de la lesividad del bien jurídico protegido en el delito de Prevaricato. Todo ello a la luz de la casuística, que demuestra al final que la ambigüedad de dicho delito para su eficacia, implica un análisis mucho más exhaustivo que puede abarcar no solo analizar la conducta de los aplicadores del derecho, sino también de los operadores en condición de defensa de los justiciables.

La consecuencia de ésta ambigüedad en la calificación de un hecho como prevaricato o como mera infracción administrativa, viene generando el desuso del delito de Prevaricato, puesto que las denuncias por este delito se quedan reducidas al ámbito administrativo, pese a que en muchos casos se ha evidenciado la comisión de la conducta descrita en el artículo 418° del Código Penal.

De allí la necesidad de establecer los criterios que permitan brindarle al operador jurídico mayor claridad al momento de calificar un hecho como delito de Prevaricato o como infracción administrativa; dado que si bien en el Perú, como lo ha señalado el Dr. Arsenio Oré Guardia, “únicamente regula el delito de prevaricato en su modalidad dolosa, haciendo prevalecer el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, siendo que el derecho penal es de ultima ratio pues constituye el último recurso ante el fracaso de otras instancias de control, como la jurisdicción administrativa encargada de la vigilancia y sanción de la conducta imprudente de jueces y fiscales; de modo que podemos recurrir ante instancias penales exclusivamente ante razones de gravedad. Hoy en día, la punición a la imprudencia equivale a un castigo disciplinario, pues importa la iniciación de un proceso en vía administrativa, como son las quejas ante la OCMA¹”, [también las quejas contra Fiscales ante la Fiscalía Suprema de Control Interno]; no obstante, la demanda ciudadana que ha visto cómo las decisiones judiciales y Fiscales, fueron controladas por interés subalternos, pone en cuestión si éste es el único criterio para excluir la negligencia como requisito definitivo para excluir del ámbito penal, una inconducta cometida por Juez o Fiscal contra la administración de justicia.

Problemática que a la luz de los últimos escándalos de corrupción, tráfico de influencias y abuso de poder, que involucran a las más altas autoridades de las instituciones encargadas precisamente de la administración de justicia (Ministerio Público y Poder Judicial), requiere poner nuevamente sobre el debate, la configuración del delito de prevaricato y evitar confusiones al momento de calificar las denuncias por éste delito, reduciendo su tipificación

¹ Pronunciamento del Dr. Arsenio Oré Guardia en el 2009 en contra del Proyecto de Ley 3217/2008-CR presentado por el Grupo Parlamentario Fujimorista para incorporar la modalidad culposa al artículo 418° del Código Penal que regula el delito de Prevaricato.

al ámbito administrativo, cuando la afectación a la administración de justicia es de gravedad.

1.2- Formulación del problema

a) Problema principal

¿Cuáles son los criterios para delimitar la aplicación del delito de Prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas en el distrito Judicial de Ayacucho entre los años 2015 al 2017?

b) Problemas secundarios

1. ¿Cuál es la diferencia entre la imputación subjetiva en el delito de Prevaricato de Derecho y en las infracciones administrativas?
2. ¿Cuál es el nivel de vulneración contra la administración de justicia en el delito de Prevaricato de Derecho y en las infracciones administrativas?
3. ¿Cuál es el grado de afectación en los derechos de los justiciables en la comisión del delito de Prevaricato de Derecho y en la comisión de las infracciones administrativas?

1.3- Indagación de investigaciones preexistentes

- A. “Necesidad de reformar el artículo 186, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para que los jueces de la Corte Constitucional sean objeto de responsabilidad penal por fallos, opiniones y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, y puedan ser denunciados por prevaricato”**

Tesis para optar el Título de Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Loja – Ecuador, en el año 2013

Autor : Eraldo Marcelino Zhiñin Quezada

B. “La aplicación directa de la Constitución frente al Prevaricato en el Ecuador: prohibición de fallar contra norma expresa”

Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho con mención en Derecho Constitucional del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar – Ecuador, del año 2014.

Autor : Javier Fernando Villacrés López

C. “Alcances del artículo 418° del Código Penal en el delito de Prevaricato en la Corte Superior de Lima Norte”

Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal de la Escuela de Posgrado de la Universidad Particular César Vallejo, del año 2017.

Autor : Johnny William Mogollón Longa

D. “Reforma al capítulo VI artículo 277 numeral 1 del código penal que manifiesta sobre el prevaricato por parte de los jueces de derechos, árbitros juris, que por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallare contra la ley expresa o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece tendrá una sanción de 1 a 5 años de prisión; ampliar esta infracción a los prevaricadores y autoridad o terceras personas que cometan este delito, se incremente la pena a 16 años de reclusión mayor extraordinaria”

Tesis de grado, previo a la obtención del título de abogado de los juzgados y tribunales de la República del Ecuador, de la Facultad De Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Educación de la Universidad Técnica de Babahoyo – Ecuador, del año 2012.

Autor : Willian Dario Silva Mera

E. “Análisis jurídico de la importancia de la lucha contra el Prevaricato como mecanismo para fortalecer la justicia penal en Guatemala”

Previo a conferírsele el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogada y Notaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala del 2010.

Autor : Alma Anabella López Zuñiga

F. “La inferencia razonable de autoría en el delito de Prevaricato por acción como presupuesto para la imputación y medida de aseguramiento”

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Penal de la Escuela de Derecho - Maestría En Derecho Penal de la Universidad Eafit, Medellín – Colombia, año 2017.

Autor : Ammy Candelaria Pérez Jiménez

G. “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística”

Tesis para optar por el Grado de Doctor en Derecho del Departamento de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra, del año 2012.

Autor : José Trenzado Asensio

H. “El Prevaricato en la legislación penal Salvadoreña y el buen funcionamiento de la administración de justicia”

Tesis para Optar al Grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas del Departamento de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Facultad Multidisciplinaria Oriental de la Universidad de El Salvador, año 2012.

Autor: Emilson Jhonathan Argueta, Lesli Raquel Cruz Granada y Liliana Yamileth Ordoñez Castellón

1.4- Delimitación de la investigación

La presente investigación abarca al Distrito Judicial de Ayacucho, en el período que abarca desde enero 2015 a diciembre 2017.

1.5- Alcances de la investigación

Las conclusiones de la presente investigación alcanzan hasta el distrito Judicial de Ayacucho. Se tomará en cuenta para el análisis, desde la interposición de la denuncia ante la Oficina de Control Interno del Distrito Fiscal de Ayacucho, hasta el total de procesos que se hayan iniciado ante los Juzgados de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho y los que hayan llegado a la Corte Suprema de Justicia de la República.

II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Objetivo General

Establecer los criterios para delimitar la aplicación del delito de Prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas en el distrito Judicial de Ayacucho entre los años 2015 al 2017.

2.2. Objetivos Específicos

- a) Establecer la diferencia entre la imputación subjetiva en el delito de Prevaricato de Derecho y en las infracciones administrativas.
- b) Determinar el nivel de vulneración contra la administración de justicia en el delito de Prevaricato de Derecho y en las infracciones administrativas.

- c) Establecer el grado de afectación en los derechos de los justiciables en la comisión del delito de Prevaricato de Derecho y en la comisión de las infracciones administrativas.

III. JUSTIFICACION, IMPORTANCIA Y LIMITACION DE LA INVESTIGACIÓN

3.1- Justificación de la Investigación

La tipificación del delito de prevaricato tiene limitaciones interpretativas para su aplicación eficaz, por su prescripción genérica que lo vuelve ambiguo y lo lleva confundirse con otros tipos de infracciones de los aplicadores del derecho y por no precisar la lesividad y la relevancia de los bienes jurídicos afectados a la comisión de éste delito.

En todos los ámbitos de la administración pública, hay funcionarios encargados de aplicar diversos tipos de normas para el cumplimiento de sus funciones, sin embargo, cada norma tiene su objeto y objetivo de regulación. En ese sentido, la función entre cada operador del Estado también tiene su propia naturaleza y estratificación interna con los consecuentes reconocimientos y sanciones frente al cumplimiento o infracciones del mandato de la ley.

En virtud de lo planteado, la jurisprudencia demuestra que estando regulado como delito de prevaricato el incumplimiento de la aplicación de la ley, en muchas de los casos denunciados, recurriendo o acogiéndose a la ambigüedad o generalidad del tipo penal descrito, terminan aplicándose sanciones no de tipo penal sino de tipo administrativo, es decir una naturaleza administrativa de la sanción en contradicción con la naturaleza penal de la norma infringida. La jurisprudencia así lo demuestra.

Sin embargo, debemos mirar el delito de prevaricato, como la exigencia de observar la ley no solo a los magistrados, por cuanto en el desarrollo de sus casos, pueden tomar decisiones contrarias a lo que la ley prescribe, de manera que vulneran la eficacia de la administración de justicia, causando graves perjuicios a los justiciables, quienes acuden a las instituciones que éstos representan, con el fin de obtener justicia de manera eficaz y predecible.

Es decir, un análisis exhaustivo de la concurrencia de situaciones y actores puede involucrar también la reflexión de la coautoría o complicidad en la que pueden concurrir muchas veces tanto acusadores como los fiscales, sancionadores como los jueces y defensores como los abogados, es decir todo este concurso de operadores del derecho que están llamados a hacer cumplir la ley y a la defensa de la correcta administración de justicia.

El estudio de ésta variable, significa pues que dentro de la misma naturaleza de delito penal como se plantea el prevaricato, se haga las interpolaciones y extrapolaciones de los tipos de infracción en la función pública, para poder hacer las distinciones precisas por un lado, definir la graduación del delito dentro del mismo tipo penal de prevaricato, donde haya desde la más leve hasta la agravada, es decir que al fin sea siempre una infracción penal y que se extrapole como si fuera una falta administrativa, ya que la naturaleza de la función de los magistrados es trabajar sobre derechos específicos dentro de la norma penal para asegurar el orden social, cosa muy diferente a las infracciones administrativas que solo se restringen al ámbito institucional donde se materializa.

Por otro lado, la mínima cantidad de denuncias por delito de Prevaricato que llevan a ser judicializadas², frente a los bajos niveles de aprobación de la población sobre la labor que realizan los jueces y fiscales encargados precisamente de la administración de justicia en el país, es decir la creciente desconfianza de los ciudadanos en la administración de justicia, que llega a porcentajes de desaprobación del 84% para el Poder Judicial y 81% para el Ministerio Público³, conllevan a hacer un análisis de fondo sobre las figuras que desde la política criminal del Estado se han establecido como formas de control social en el ámbito jurisdiccional.

3.2- Importancia de la Investigación

El delito analizado, tiene una peculiaridad a diferencia de otros tipos de delitos, cuya comisión es autónoma o independiente de la responsabilidad de cautelar el cumplimiento de las leyes, e incluso de sancionar las infracciones a las mismas. Mientras que, en el delito de prevaricato, se está atrapado en una situación de una suerte de conflicto de consciencia, ya que la institución magistral se convierte, a la vez en juez y parte de sus propias acciones, donde según el nivel de sanciones que se aplique a las infracciones en sus deberes de función, puede tanto fortalecer como debilitar la credibilidad en la administración de justicia. Donde la percepción de la ciudadanía puede generar confianza o desconfianza, pues si es demasiado flexible o con legalismos que eximen de responsabilidad a los que cometen delito de prevaricato, los ciudadanos van a ver que ese delito en el fondo es un señuelo para atenuar la crítica o descontento ante los derechos subjetivos que tiene todo miembro de la sociedad de que se castigue como debe ser a quien siendo responsable de hacer

² Dato extraído del Sistema Informático de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que en el rango de fechas enero 2015 a diciembre 2017, registro 01 expedientes por delito de Prevaricato.

³ Encuesta Nacional Urbano-Rural realizada por IPSOS Perú. Número de registro: 0001-REE/JNE. Sistema de muestreo: probabilístico polietápico. Muestra: 1.266 entrevistados. Fecha de aplicación: del 12 al 14 de setiembre del 2018. Margen de error: $\pm 2,73\%$. Nivel de confianza: 95%. Universo: hombres y mujeres de 18 años a más

justicia, terminan usando sus propios fueros para eximirse de responsabilidad y sanción.

Es en esa línea de análisis, que se hace necesario un estudio sistemático de las normas que permitan la integración de las mismas, camino a resolver la ambigüedad de éste artículo que ha generado jurisprudencia contradictoria sobre el espíritu mismo del artículo 418° del Código Penal peruano al momento de aplicarlos a cada caso en concreto, generando criterios específicos para calificar un hecho con relevancia penal (Prevaricato) o sólo con relevancia administrativa (infracción).

Si bien como sostiene la doctrina, el bien jurídico tutelado es la correcta administración de justicia, sin embargo, una infracción de éste tipo de delito podría derivar otros daños concomitantes, no solo de la lesividad contra la administración de justicia, sino también, al daño a la persona de los administrados, a la legitimidad de los instituciones encargadas de garantizar la legalidad y la credibilidad del Estado, dependiendo del tipo de perjuicio que se cause a los justiciables, los daños a éstos últimos podrían llegar incluso hasta la afcción de derechos fundamentales, como resultado de que los magistrados no apliquen correctamente la ley en la administración de justicia. Es decir, como consecuencia de una incorrecta administración de justicia, el delito de prevaricato no solo podría lesionar el clásico bien jurídico protegido “correcta administración de justicia” sino también podría derivar o arrastrar de forma concomitante la lesión de bienes jurídicos protegidos de los administrados.

Lo que en el estudio de ésta variable se puede explorar, es que no solo debemos ponderar la lesividad la bien jurídico protegido clásico “correcta administración de justicia”, sino que aleatoriamente se podrían sobrevenir otras lesiones al ser humano mucho más perniciosas que incumplir una función administrativa per se o que el juez reciba una sanción administrativa, pero que su omisión de

aplicación de la ley ha lesionado incluso hasta derechos fundamentales. Sanción al funcionario que no repararía en nada el daño a la persona víctima de una mala decisión del administrador de justicia.

IV. MARCO TEORICO

4.1- Antecedentes de la investigación

Se ha realizado la búsqueda de antecedentes a nivel nacional e internacional sobre las investigaciones vinculadas al delito de Prevaricato, encontrándose las siguientes:

➤ **Autor** : Eraldo Marcelino Zhiñin Quezada

Título : “Necesidad de reformar el artículo 186, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para que los jueces de la Corte Constitucional sean objeto de responsabilidad penal por fallos, opiniones y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, y puedan ser denunciados por prevaricato”

Tesis para optar el Título de Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Loja.

Año : 2013

País : Ecuador

Conclusiones: El prevaricato es un delito contra la administración pública, por parte de los funcionarios, en este caso de los jueces cuando violan norma expresa en beneficio de una de las partes del proceso, o por ignorancia inexcusable.

Es inconstitucional que la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional establezca que los jueces de la Corte Constitucional no pueden ser objeto de responsabilidad penal por sus opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones.

➤ **Autor** : Javier Fernando Villacrés López

Título : “La aplicación directa de la Constitución frente al Prevaricato en el Ecuador: prohibición de fallar contra norma expresa”

Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho con mención en Derecho Constitucional del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar

Año : 2014

País : Ecuador

Conclusiones: Aunque el prevaricato lesiona generalmente intereses de los particulares, es el daño que experimenta la administración, el que prevalece para establecer la objetividad jurídica de este hecho, por lo que se debería también considerar, que la concepción de fallar contra norma expresa dentro del Estado constitucional de derechos y justicias y Justicia Social, en los casos en que el aplicar directamente la Constitución obligue a hacerlo, no constituye delito de prevaricato, sino más bien una tutela extensiva de los derechos constitucionales, que no se encuentren desarrollados en la normativa legal, debiendo demostrarse la justificación para la aplicación directa, a través de una carga argumentativa alta.

La institución del prevaricato es sustento de la legitimación del Estado de corte positivista en donde el legislador es el único intérprete de la constitución, concepción que aún se mantiene inmutable en el Código Orgánico Integral Penal, lo cual constituye un obstáculo para el afianzamiento eficaz de la justicia constitucional, por generar un temor judicial en cuanto a alejarse del texto de la norma legal para tutelar derechos constitucionales.

Dentro del actual Estado constitucional de derechos y justicias y Justicia Social, el prevaricato establecido en los términos de la prohibición de fallar contra norma expresa, constituye un rezago del Estado de corte legal, que lo único que puede crear en los administradores de justicia es un temor judicial, que impide la tutela real de los derechos.

➤ **Autor** : Johnny William Mogollón Longa

Título : “Alcances del artículo 418° del Código Penal en el delito de prevaricato en la Corte Superior de Lima Norte”

Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal de la Escuela de Posgrado de la Universidad Particular César Vallejo.

Año : 2017

País : Lima - Perú

Conclusiones: El delito de prevaricato es una figura jurídico penal que se encuentra en nuestro ordenamiento legal desde muchos años atrás, sufriendo diversas modificaciones con la finalidad que citado tipo penal este acorde a las necesidades de la sociedad y del ciudadano que se apersona al estado en busca de justicia y se encuentra con una autoridad que ejerce función jurisdiccional que comete prevaricato al emitir sus resoluciones dejando en indefensión a una de las partes causándole un perjuicio que no tendrá sanción porque la conducta de citada autoridad no está tipificada en la norma y como hemos visto se debe respetar el principio de legalidad, por lo que esta conducta que causó un daño queda impune en nuestra sociedad.

El delito de prevaricato según nuestra realidad social, no es una figura jurídica penal exclusiva de los jueces y fiscales cometida al emitir resoluciones o dictámenes en contra de la ley, se ha demostrado que esta figura puede alcanzar a otras autoridades que ejercen la función jurisdiccional al igual que los magistrados emiten resoluciones con efectos jurídicos en nuestra sociedad y que su conducta goza de impunidad debido al vacío de la norma protegido por el principio de legalidad que ampara la Constitución Política del Perú. Debiendo actualizarse además el bien jurídico protegido de administración de justicia al de administración pública, en razón a que el estado le otorga esta función y en la mayoría de los casos es remunerado.

Queda demostrado, que de nuestra investigación el alcance del delito de prevaricato implica abarcar más sujetos activos en el tipo penal, conductas de las autoridades que han quedado debidamente demostradas que gozan de impunidad al ejercer su función jurisdiccional y al emitir fallos prevaricadores no son debidamente sancionados por el vacío de la norma como son: los funcionarios públicos, los miembros del tribunal constitucional y los árbitros.. Además los jueces y los fiscales dentro de sus funciones jurisdiccionales tienen la función de administrar justicia, es por ello, que existe en muchos casos una interpretación errónea y se piensa que al colocar a las otras autoridades como autores del delito de prevaricato se va ampliar el bien jurídico de administrar justicia para ellos, por lo antes mencionado el bien jurídico protegido es una base fundamental que mantiene este vacío normativo debido mientras que siga como bien lesionado la correcta administración de justicia seguirá habiendo impunidad, al realizar este trabajo de investigación comprobamos que esta debe ser cambiada por la administración pública como bien lesionado termino más amplio y que observamos y hemos demostrado en el derecho comparado debido a que los magistrados también pertenecen a la administración pública.

➤ **Autor :** Willian Dario Silva Mera

Título : “Reforma al capítulo VI artículo 277 numeral 1 del código penal que manifiesta sobre el prevaricato por parte de los jueces de derechos, árbitros juris, que por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallare contra la ley expresa o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece tendrá una sanción de 1 a 5 años de prisión; ampliar está infracción a los prevaricadores y autoridad o terceras personas que cometan este delito, se incrementa la pena a 16 años de reclusión mayor extraordinaria”

Tesis de Grado, previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Educación de la Universidad Técnica de Babahoyo

Año : 2012

País : Ecuador

Conclusiones: En la ciudad de Babahoyo se ha confirmado la existencia de caso de Prevaricato hecho que causo estragos en la ciudad pero, muchos fueron sancionados pero así mismo algunos quedaron en la impunidad y sin sancionarse, considerando que el perjuicio de la causa pública o de un particular expresa los resultados del delito, hecho que abonaría la certidumbre sobre la necesidad del dolo en el prevaricato. En todo caso, cuando se comete el delito de prevaricato no siempre es necesario probar que existe afecto o desafecto de alguna persona para que se configure el prevaricato, sino que será suficiente probar que existe perjuicio de la causa público o de un interés personal. No es imprescindible probar el afecto o desafecto.

Reforma al capítulo VI Art. 277 Numeral 1 del código penal que manifiesta sobre el prevaricato por parte de los jueces de derecho o árbitros juris que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular fallaren contra la ley expresa, o procediere penalmente contra alguno conociendo que no lo merece tendrá una sanción de 1 a 5 años de prisión.

➤ **Autor** : Alma Anabella López Zuñiga

Título : “Análisis jurídico de la importancia de la lucha contra el Prevaricato como mecanismo para fortalecer la Justicia Penal en Guatemala”
Previo a conferírsele el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogada y Notaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos

Año : 2010

País : Guatemala

Conclusiones: Se ha determinado que el delito de prevaricación judicial es una ilegalidad de mera actividad, que se consuma al tiempo de dictar la sentencia o resolución injusta y que únicamente puede ser cometido por jueces en el

ejercicio de sus funciones, quienes a sabiendas de la transgresión que realizan la confirman.

Para las partes procesales que participan directamente en el proceso, es sumamente difícil de cuestionar y probar el delito de prevaricato, y aún más para aquellas que no forman parte ya que para continuar, deben agotar los procedimientos previstos establecidos en la ley, tales como, acciones ante los distintos órganos competentes para que evalúen, sí admiten o no para el procedimiento de antejuicio al juez que incurrió en la prevaricación.

Derivado de la investigación realizada, se comprobó que en la República de Guatemala existen infinidad de casos concretos del delito de prevaricato, en los cuales se presentaron denuncias contra jueces y magistrados; por lo tanto, existe una tendencia progresiva de crecimiento con relación a este delito.

➤ **Autor** : Ammy Candelaria Pérez Jiménez

Título : “La inferencia razonable de autoría en el delito de Prevaricato por Acción como presupuesto para la imputación y medida de aseguramiento”

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Penal de la Escuela de Derecho - Maestría En Derecho Penal de la Universidad Eafit, Medellín

Año : 2017

País : Colombia

Conclusiones: Para que se configure el delito de Prevaricato por acción, se requiere un sujeto activo calificado, esto es, el servidor público, quien debe proferir una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley; es un delito de mera conducta, razón por la que no admite la tentativa.

Los móviles que pueden dar lugar a la materialización del Prevaricato por acción, pueden ser variados, es decir, un servidor público puede incurrir en este delito, motivado por razones discriminatorias de carácter racial, social, de orientación sexual, por una venganza personal, o para favorecer intereses propios o ajenos motivado por un ofrecimiento dinerario o de algún otro beneficio, sin que se acoja la posición adoptada por la Honorable Corte

Suprema de Justicia en las sentencias 46.688 del 25 de noviembre de 2015 y 39538 del 23 de octubre de 2014, donde afirma que la configuración del Prevaricato solo se da cuando la emisión de la providencia contraria a la ley, obedece a la realización de un acto de corrupción.

Para poder afirmarse que se está en presencia de una inferencia razonable de autoría o participación del delito de Prevaricato por acción, se tienen que acreditar 1) la existencia del dictamen, resolución o concepto, emitido de manera verbal o por escrito, 2) la calidad de servidor público de quien profirió el dictamen, la resolución o el concepto, 3) la competencia del servidor público para proferir el dictamen, la resolución o el concepto, 4) la contrariedad manifiesta con la ley, del dictamen, la resolución o el concepto objeto del delito, 5) la existencia y vigencia de la norma o las normas conculcadas al momento de la comisión de la conducta y, 6) un mínimo probatorio que permita inferir la participación del indiciado en la conducta a título de autor o partícipe, este último aspecto en los términos del artículo 287 de la ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal.

➤ **Autor** : José Trenzado Asensio

Título : “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el Urbanismo: la Prevaricación Urbanística”

Tesis para optar por el Grado de Doctor en Derecho del Departamento de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra

Año : 2012

País : España

Conclusiones: Como se ha mencionado anteriormente, el devenir de los acontecimientos puso de relieve que la regulación administrativa sancionadora disciplinaria fuese escasa, y así en el año 1995, con el nuevo Código Penal, se introdujo por primera vez la prevaricación propiamente urbanística, en el artículo 320 CP, que es objeto de la presente Tesis y su tratamiento jurisprudencial.

En efecto, el legislador dio respuesta a una demanda social, ante las graves conductas que se daban como consecuencia del anormal funcionamiento de la función pública en el ámbito urbanístico.

La prevaricación administrativa ya estaba tipificada en el CP anterior al texto de 1995. El legislador con la promulgación del nuevo Código Penal, quiso proteger el bien jurídico del correcto funcionamiento de la Administración junto a la Ordenación del Territorio, ello dio lugar al art. 320 CP.

Conductas todas que requerían, ser realizadas por autoridad o funcionario público, que fuere favorable, aunque contrario a las normas urbanísticas y a sabiendas de su injusticia. Y siempre teniendo por objeto proyectos de edificación o licencias, excluyendo otros supuestos.

A la vista de los acontecimientos que se iban desarrollando, aquella regulación resulto insuficiente, situación a la que el legislador dio respuesta con la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, en una cuádruple vertiente: ampliando el bien jurídico protegido a la moderna concepción del Urbanismo, ampliando las conductas típicas, mediante la inclusión de la omisiva, ampliando el objeto de la conducta (instrumentos de planeamiento etc...) y mediante el endurecimiento de las penas.

El urbanismo, en su concepción actual, ha experimentado una ampliación considerable, y como bien jurídico, está protegido administrativa y penalmente. En el ámbito administrativo tiene su protección mediante la disciplina urbanística, campo que comprende la protección de la legalidad urbanística, la restauración de la misma si procede, y por ultimo las infracciones urbanísticas y sus sanciones.

Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan”.

Por tanto el interés del Estado en la protección del urbanismo, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si el mismo

se ve, sería y negativamente afectado, por la conducta de los llamados a desempeñar la función pública, urbanística.

Se da la circunstancia de que las conductas realizadas por los funcionarios públicos o autoridades tienen ya una sanción administrativa.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, la previsión de la posibilidad del delito para excluir la sanción administrativa presupone mayor entidad en la antijuridicidad que la que da lugar a la intervención del Derecho administrativo sancionador.

Por ello, entendemos que la labor que ha de realizar el juez, en la aplicación del derecho al caso concreto, es doble, para determinar si nos encontramos ante un hecho sancionable administrativa o penalmente. Por un lado, deberá ponderar el bien jurídico protegido, y de otro, habrá de tener presente el principio de proporcionalidad. Así, en cuanto al primer aspecto, ya hemos señalado que el espectro sobre el que se proyecta el bien jurídico protegido, en el orden penal, es mayor que en el ordenamiento administrativo.

En definitiva se trata de interpretar la norma penal en coherencia con la legislación administrativa, dejando para este último ámbito aquellas no encuadrables en el penal, sin dejar vacío de contenido la legislación administrativa disciplinaria.

➤ **Autor** : Emilson Jhonathan Argueta, Lesli Raquel Cruz Granada y Liliana Yamileth Ordoñez Castellón

Título : “El Prevaricato en la Legislación Penal Salvadoreña y el buen funcionamiento de la Administración de Justicia”

Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas del Departamento de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Facultad Multidisciplinaria Oriental de la Universidad de El Salvador.

Año : 2012

País : El Salvador

Conclusiones: El delito de Prevaricato se encuentra disciplinado en el Artículo 310 de la legislación penal y consta de tres modalidades comisivas: las primeras dos se ejecutan con dolo directo porque el sujeto activo –juez o magistrado- conoce y quiere realizar el comportamiento contrario a la ley, -dictar sentencia contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno y dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en el juicio o diligencia que se sigue en el mismo tribunal o en algún otro-; por el contrario, la tercera modalidad es cometida por imprudencia, al incorporar el supuesto de hecho -Negligencia o Ignorancia Inexcusable-, en el que existe inobservancia de la norma objetiva de cuidado por parte del sujeto activo-Juez-.

El sujeto pasivo del ilícito de Prevaricato es el Estado, al colocarse en concreto peligro el ejercicio de una buena y correcta Administración de Justicia. Así mismo existe un sujeto injustamente dañando; que doctrinariamente se conoce como: ofendido, pero este no es titular del interés específico directamente protegido por la norma penal, porque de la norma no se infiere ninguna relación del Administrador de Justicia que cometió el abuso y el perjudicado por el mismo.

El Prevaricato se consuma con el pronunciamiento de la resolución en que se observa una manifiesta injusticia; es decir, por la firma del aplicador de justicia en un fallo, por ello es indiferente que la sentencia admita corrección en una instancia superior, ni que sea anulado en ella, ni siquiera que sea revocada por el mismo órgano jurisdiccional que la emitió. No requiere ejecutoriedad ni comienzo de ejecución para su consumación; por tanto no admite tentativa.

En el país las investigaciones de prevaricato han sido mínimas, por tal razón las que se han tramitado hasta la realización de la Vista Publica en su mayoría no existe condena, hay poca producción jurisprudencial al respecto por parte de los Tribunales correspondientes.

4.2- Marco conceptual

Prevaricato: Delito contra la administración de justicia, cometido por jueces o fiscales que emitan resoluciones o dictámenes en contra del texto expreso y claro de la ley, o citando hechos falsos o normas derogadas, regulado en el artículo 418 del Código Penal.

Infracción administrativa: Conducta desplegada por jueces o fiscales que contraviniendo alguna norma e incumpliendo sus deberes de función, conductas descritas en la ley de carrera judicial para los jueces y en la ley de carrera fiscal para los fiscales.

Imputación subjetiva: También denominado tipo subjetivo, es un componente del tipo penal relacionado a la consideración interna del agente en relación a la conducta ilícita realizada. Puede ser imputación a título de dolo o a título de culpa (negligencia).

Administración de justicia: Función del estado que se encarga de la resolución de conflictos entre las personas o controversias jurídicas, con la finalidad de mantener una convivencia en armonía.

V. FORMULACION DE LAS HIPOTESIS DE INVESTIGACION

a) Hipótesis General

Los criterios para delimitar la aplicación del delito de Prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas conexas son: la imputación subjetiva; la grave vulneración a la eficacia de la administración de justicia y la grave afectación a los derechos de los justiciables.

b) Hipótesis Derivadas

- 1- El delito de prevaricato de derecho se imputa solamente a título de dolo, mientras que la infracción administrativa puede imputarse a título de dolo o culpa.
- 2- El delito de prevaricato de derecho reprime una muy grave lesión a la eficacia en la administración de justicia, mientras que las infracciones administrativas reprimen una menor afectación a la eficiencia administración de justicia.
- 3- La comisión del delito de prevaricato afecta gravemente los derechos fundamentales de los justiciables, mientras que la comisión de las infracciones administrativas afectan derechos de menor relevancia de los justiciables.

VI. IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LAS VARIABLES

Variable Independiente: Delito de Prevaricato de Derecho.

Se señala esta variable teniendo en cuenta la denominación que la doctrina ha otorgado a las diferentes conductas descritas como prevaricato en el artículo 418° del Código Penal. Así, entendemos el Prevaricato de derecho como el “emitir una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley”.

Variable Dependiente: Infracciones Administrativas.

Por otro lado, se toma como variable las infracciones administrativas, teniendo en cuenta que al momento de calificar una denuncia como prevaricato, la inexistencia de criterios para delimitar ambos ámbitos de aplicación, generan que la conducta denunciada se quede en el plano administrativo. Por ello se parte de considerar que la infracción administrativa, en lo que se refiere a jueces y fiscales, son aquellas conductas que también vulneran la correcta administración de justicia, pero no tienen relevancia penal, por cuanto la vulneración es en menor grado que en el delito de Prevaricato; el problema radica en la inexistencia de criterios que permitan establecer el límite entre la inconducta y la conducta típica del prevaricato.

VII. OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES

VARIABLE INDEPENDIENTE:

Delito de prevaricato de derecho.

Dimensión: IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Indicadores:

- Número denuncias por Prevaricato
- Número de resoluciones archivando denuncias por prevaricato por falta de dolo.
- Número de sentencias de la Corte Suprema que absuelven por Prevaricato por falta de dolo.
- Opinión de magistrados contralores

Dimensión: INCIDENCIA EN LA AFECTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Indicadores:

- Opinión de magistrados
- Opinión de abogados litigantes
- Opinión de magistrados contralores

Dimensión: INCIDENCIA EN LA AFECTACIÓN A DERECHOS DE JUSTICIABLES

Indicadores:

- Opinión de magistrados
- Opinión de abogados litigantes
- Opinión de magistrados contralores
- Opinión de población

VARIABLE DEPENDIENTE:

Infracciones administrativas conexas al delito de prevaricato.

Dimensión: IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Indicadores:

- Número de quejas derivadas de denuncias por prevaricato.
- Número de resoluciones declarando fundada la queja por infracciones conexas al delito de prevaricato.

Dimensión: INCIDENCIA EN LA AFECTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Indicadores:

- Opinión de magistrados
- Opinión de abogados litigantes
- Opinión de magistrados contralores

Dimensión: INCIDENCIA EN LA AFECTACIÓN A DERECHOS DE JUSTICIABLES

Indicadores:

- Opinión de magistrados
- Opinión de abogados litigantes
- Opinión de magistrados contralores
- Opinión de población

VARIABLES SECUNDARIAS O SUBVARIABLES

1- Imputación subjetiva.

Indicadores:

- Resoluciones de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Ayacucho que archivan denuncias por prevaricato por ausencia de dolo.
- Resoluciones de la Fiscalía de la Nación que declaran infundadas denuncias por delito de Prevaricato por ausencia de dolo.
- Sentencias de la Corte Suprema sobre Prevaricato.
- Doctrina sobre la imputación subjetiva en el delito Prevaricato.
- Opiniones de magistrados de los órganos de Control Interno.
- Opinión de abogados litigantes.
- Opinión de población ayacuchana.

2- Nivel de vulneración contra la administración de justicia.

Indicadores:

- Sentencias de la Corte Suprema sobre Prevaricato.
- Doctrina sobre la eficacia y eficiencia de la Administración de Justicia.
- Opiniones de magistrados de los órganos de Control Interno.
- Opinión de jueces y fiscales.
- Opinión de abogados litigantes.
- Opinión de población ayacuchana.

3- Grado de afectación en los derechos de los justiciables

Indicadores:

- Sentencias de la Corte Suprema sobre Prevaricato.
- Opiniones de magistrados de los órganos de Control Interno.
- Opinión de jueces y fiscales.
- Opinión de abogados litigantes.
- Opinión de población ayacuchana.

VIII. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1. Tipo y nivel de investigación

La presente investigación es de tipo descriptiva.

El método a emplearse en ésta tesis es el descriptivo correlacional, desde un enfoque cualitativo, pues se trataran análisis de expediente sobre los argumentos que motivan las resoluciones. Además de las entrevistas que serán

recogidas de magistrados de la Corte Superior de Ayacucho y del Distrito Fiscal de Ayacucho.

Para ello recojo y asumo la concepción sobre la naturaleza y características que puede adoptar una investigación correlacional, de que *“Se trata también de descripciones, pero no de categorías, conceptos, objetos ni variables individuales, sino de relaciones, sean estas puramente correlacionales o relaciones causales”* *“Debemos recordar que la causalidad implica correlación, pero no toda correlación significa causalidad. Primero establecemos correlación y luego causalidad”*⁴.

2. Método y diseño de la investigación

En la presente investigación de utilizará el método deductivo, razonamiento según el cual se coligen conclusiones lógicas a partir de una serie de premisas o principios.

Por su parte, el diseño de la investigación viene a ser la estrategia que se desarrolla para obtener la información que se requiere en una investigación y responder al planteamiento, la cual se resume en un gráfico que depende del tipo de investigación.

X: Variable (Prevaricato de derecho)

Y: Variable (Infracciones administrativas)

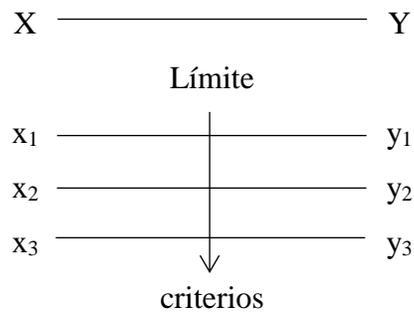
1: Imputación subjetiva

2: Vulneración a la eficacia de la administración de justicia

3: Afectación a los derechos de los justiciables



⁴ **HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C. Y BAPTISTA LUCIO, P.** (2003): Metodología de la Investigación. McGraw-Hill Interamericana. México, DF. pp. 274-275



3. Universo, población y muestra

Población

Dado que en estadística el concepto de población se precisa como un conjunto finito o infinito de personas u objetos que presentan características comunes, en ésta investigación el análisis se hará sobre tres universos: Un universo de objetos como son expedientes elevados ante la Corte Suprema de Justicia de la República, las denuncias resueltas por delito de Prevaricato, el universo de los operadores de Derecho y del universo de pobladores ayacuchanos.

Muestra

Para el presente trabajo se ha determinado utilizar las muestras probabilística, debido a que, conforme lo define Sampieri “En las muestras probabilísticas, todos los elementos de la población tienen la misma posibilidad de ser escogidos para la muestra y se obtienen definiendo las características de la población y el tamaño de la muestra, y por medio de una selección aleatoria o mecánica de las unidades de muestreo/análisis.” (Sampieri, p. 175) Y de éste tipo de muestra, la **muestra aleatoria estratificada**, según la cual, en el muestreo se divide a la población en segmentos y se selecciona una muestra para cada segmento.

Siendo así, del universo de sentencias emitidas por la Corte Suprema de

Justicia de la República sobre el delito de Prevaricato, se analizarán todas las sentencias emitidas que ascienden a un total de 10 sentencias.

Del universo de denuncias por delito de Prevaricato interpuestas ante la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Ayacucho de enero 2015 a diciembre 2017, se utilizarán un total de 10 denuncias.

Y del universo de los operadores de Derecho se tomará una muestra aleatoria de 20 magistrados (Fiscales y Jueces) 20 abogados litigantes y 50 pobladores ayacuchanos.

El objetivo de ésta tercera muestra es para darle más exhaustividad a través de la extrapolación de los datos encontrados en los expedientes y casos resueltos.

UNIVERSO	POBLACION	MUESTRA
Expedientes elevados ante la Corte Suprema de Justicia de la República por Delito de Prevaricato	Sentencia por delito de Prevaricato expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República enero 2015 a diciembre 2017.	10 Sentencias
Casos resueltos por delito de Prevaricato ante la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Ayacucho	Denuncias resueltas en la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Ayacucho de enero 2015 a diciembre 2017	10 denuncias.

Operadores del Derecho	Magistrados (jueces y fiscales del Distrito Judicial de Ayacucho) y abogados litigantes en Ayacucho	20 abogados. 20 magistrados
Población ayacuchana	Pobladores que residen en Ayacucho	50 pobladores

4. Técnicas, instrumentos y fuentes de recolección

Las técnicas de recolección de los datos, será en correspondencia con el tipo de fuentes donde se encuentran los datos correspondientes a las variables, que está planteado de la siguiente manera:

- a) Para el caso del levantamiento de los datos de los expedientes y casos, se procederá a la revisión y estudio de expedientes y su correspondiente registro de los datos encontrados en una ficha elaborada para ese tipo de datos.
- b) Para el caso de la encuesta se aplicará un cuestionario con preguntas semi abiertas a los magistrados y abogados seleccionados focalizadamente por su relación directa con la presentación de denuncias por Prevaricato; asimismo para el caso de encuestas a pobladores se aplicará cuestionarios con preguntas cerradas.

- c) Para el caso de las entrevistas se aplicará un cuestionario de preguntas abiertas a los magistrados de órganos de control interno quienes resuelven los casos por delito de Prevaricato.

- Instrumentos:

Fichas de Registro, pertinentes para registrar los datos encontrados en los expedientes y carpetas fiscales. La ficha contendrá los datos de identificación del expediente y/o carpeta (número, imputado, dependencia), la parte resolutive (absolviendo/archivando o declarando fundado el delito/condenando) así como en análisis de los criterios establecidos en la resolución que han servido de sustento para la parte resolutive.

Guía de Encuesta, que consta de un cuestionario con 10 preguntas semi abiertas aplicadas a 20 magistrados en general y 20 abogados que hayan denunciado a magistrados por delito de Prevaricato.

Guía de Entrevista, que consta de un cuestionario con 05 preguntas abiertas a los magistrados de órganos de control interno quienes resuelven los casos por delito de Prevaricato.

Instrumentos principales para recoger los datos necesarios para luego proceder al análisis de contenido de las Sentencias emitidas en procesos por delito de Prevaricato.

- Fuentes:

Bibliográficas

Normas

Tratados

Jurisprudencia

Investigadores

5. Técnicas de procesamiento y análisis de datos recolectados.

El tratamiento, procesamiento y presentación de los datos será usando software aplicativo de procesamiento estadístico y se presentarán en gráfico de barras y cuadros comparativos que expongan los resultados encontrados.

- Selección y representación por variables
- Matriz Tripartita de Datos
- Análisis cualitativo de datos.

TÍTULO II

**INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO
TEÓRICO**

CAPÍTULO I:
IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1.1- Concepto de Imputación subjetiva

En la teoría del delito, se analiza el tipo penal tanto objetivo como subjetivo. El análisis del tipo penal, se divide entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo; éste último es el que se denomina imputación subjetiva.

Para determinar la configuración de la tipicidad subjetiva debe aceptarse primeramente que en la sociedad actual la imputación jurídico-penal requiere de una estandarización con base en roles. Al ciudadano se le atribuye un rol general, así como también ciertos roles especiales en virtud de determinadas instituciones sociales específicas. En lo que atañe a lo subjetivo, los roles atribuidos llevan consigo competencias de conocimiento, es decir, que el

ciudadano debe conocer la peligrosidad de su actuación en el desempeño del rol. Una completa estandarización de la imputación significaría afirmar el conocimiento de dichos aspectos únicamente por el hecho de tener la titularidad del rol. Este proceder, sin embargo, resultaría incompatible con el criterio de la evitabilidad que informa las estructuras de imputación en el Derecho penal contemporáneo (vid. lección 10), pues permitiría atribuir responsabilidad aun cuando el autor no se encuentre en posición de evitar individualmente el resultado. Para impedir esta estandarización disfuncional aparece en escena precisamente la subjetivización o personalización de la imputación. La personalización de la imputación obliga a establecer además si las competencias de conocimiento impuestas por el rol pueden exigirse a la persona del autor y, por tanto, si éste ha estado en situación de evitar la infracción. Si sus circunstancias personales permiten atribuirle los conocimientos exigidos, entonces tendrá lugar una tipicidad subjetiva. En otras palabras: La tipicidad subjetiva consiste en atribuir a la persona del autor, en atención a sus circunstancias personales, el conocimiento necesario para evitar la defraudación de expectativas penalmente relevantes (García: 2012, p. 479).

En términos generales, los títulos de imputación subjetiva se concentran en el dolo y la culpa. Esta caracterización dualista de la imputación subjetiva trae consecuencias en la escala de punibilidad. Así, de las dos formas de imputación subjetiva, la culpa o imprudencia es la segunda y la de menor gravedad (Félix: 2016, p. 151-152).

1.2- Concepto de dolo

La conceptualización del dolo ha merecido diversas posiciones a la largo del desarrollo histórico de la dogmática Penal. Un buen resumen de las principales posiciones la desarrolla Félix Tasayco (2016) en su artículo Imputación Subjetiva en el derecho penal: El iter del concepto de dolo pasa por un concepto

causal, final y funcional. Así, para los casualistas, el dolo (conocido como *dolus malus*) se estructura con base en tres elementos: conocimiento, voluntad y conocimiento del derecho. Para los finalistas, el dolo (conocido como dolo natural) se compone de dos elementos: conocimiento y voluntad. Por último, para los funcionalistas, el dolo (conocido como dolo cognitivo) requiere únicamente el elemento conocimiento. Actualmente, la discusión se centra entre los finalistas y funcionalistas. Los primeros defienden la teoría de la voluntad (conocimiento y voluntad) y los segundos postulan la teoría de la representación (solo conocimiento), [Félix: 2006, p. 150-151].

En una comprensión de la norma penal como norma de conducta dirigida a una persona para evitar la lesión de un bien jurídico, la infracción de la norma más grave desde el punto de vista subjetivo sería la intención de lesionar el bien jurídico. La imposición de una sanción penal encontrará su fundamento en el hecho de que el sujeto ha conocido y querido realizar todos los elementos pertenecientes al tipo penal que describe la conducta lesiva del bien jurídico. A esta forma subjetiva de infringir la norma se le conoce como dolo, cuyo contenido estaría constituido por una especial relación subjetiva entre el autor (conocimiento y voluntad) y la lesión del bien jurídico penalmente protegido. A ello se le agregaría un conocimiento del hecho como penalmente prohibido (conocimiento de la antijuridicidad del hecho), ya que, para atribuir responsabilidad, no basta que el autor sepa y quiera realizar una determinada conducta lesiva, sino que debe saber que se trata de una conducta antijurídica (García: 2012, p. 489).

En un Derecho penal que se encarga de proteger bienes jurídicos frente a ataques dirigidos a lesionarlos, resulta lógico entender que la acción más grave desde el punto de vista subjetivo es aquella que contiene una voluntad específica de lesionar el bien jurídico. El dolo no podrá estar constituido solamente por el conocimiento, sino que requerirá de un elemento volitivo

referido al resultado lesivo. Por el contrario, en un Derecho penal que se encarga de evitar la creación de riesgos prohibidos, resulta lógico que el elemento volitivo deje de ser decisivo y el centro del reproche se encuentre en el conocimiento de la generación de los riesgos prohibidos. No cabe duda que la actual configuración social se corresponde con esta segunda visión del Derecho penal (García: 2012, p. 490).

En ese orden de ideas, si bien en nuestro Código Penal no se encuentra expresamente señalado el concepto de dolo, empero, la figura de la tentativa prevista en el artículo 16 del Código Penal nos otorga un atisbo cercano a la estructura volitiva y cognitiva, por cuanto en la tentativa, el agente comienza la ejecución de un delito –esto nos muestra la idea de un conocimiento causal o naturalístico- que decidió cometerlo – esto nos muestra la idea de voluntad o fenómeno psicologista-, sin consumarlo (Arismendiz: 2016, p. 77).

Una nueva clase de dolo viene ingresando en las esferas del núcleo de la dogmática penal contemporánea; nos referimos al dolo normativo, el cual es entendido como un proceso de atribución objetiva, sustentado en competencias cognitivas propias del sujeto activo (Arismendiz: 2016, p. 77).

En ese orden de ideas, la normativización del tipo subjetivo implica alejarse del enfoque tradicional orientado a saber si el agente delictual tuvo conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo, conforme indica García Caveró, por cuanto dicho enfoque resulta ser indeterminado y gaseoso para fines probatorios, en razón de que el mismo procesado, por postura de defensa, negará conocer la norma prohibitiva (Arismendiz: 2016, p. 87).

Siendo esto así y siguiendo los aportes del autor antes mencionado, podemos concluir que el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo deberá ser reemplazado –al momento de valoración del caudal

probatorio y la conducta de los sujetos procesales— por criterios de percepción sensorial y juicios de valoración. Siendo esto así la “percepción sensorial” implica analizar el rol genérico del agente delictual en el caso concreto, teniendo como base la figura de una persona responsable con las capacidades normales de percepción; por otro lado, el juicio de valoración exige niveles de análisis superiores a la esfera del profano, es decir, si nos encontramos con conocimientos específicos, propios de un rol especial (Arismendiz: 2016, p. 87-88).

Finalmente, podemos concluir que las formas de imputación subjetiva no versarán sobre estándares internos síquicos del agente delictivo, en razón de lo incierto e indefinido de dicha área al momento de ser valorada por el juzgador; en este contexto, en los delitos dolosos el camino correcto para determinar si el autor conoció efectivamente el carácter prohibido de su hecho no debe buscarse — como indica García Caveró — en lo que puede conocer el autor, sino en lo que debe conocer. En ese sentido, la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho requiere precisar si las competencias de conocimiento impuestas al autor por el rol general del ciudadano o por roles especiales, puede exigírsele en atención a sus circunstancias personales (Arismendiz: 2016, p. 88).

1.3- Diferencias entre dolo y culpa

En las exposiciones generales del delito resulta usual distinguir dos formas de tipo subjetivo: El dolo y la culpa. Si bien tanto el dolo como la culpa dan lugar a la imputación subjetiva necesaria para fundamentar el injusto penal, resulta indispensable diferenciar ambas formas de imputación subjetiva en el análisis dogmático. Esta diferenciación no tiene una importancia solamente teórica, sino que es eminentemente práctica. La conducta dolosa tiene, por regla

general, una pena mayor que la conducta culposa, e incluso en determinados tipos penales, la conducta culposa significa ausencia de pena debido al sistema cerrado de incriminación de la culpa. En ese sentido, constituye una tarea esencial de la dogmática penal dotar de contenido al dolo y a la culpa, de manera que podamos diferenciarlos a efectos de atribuir responsabilidad penal. No obstante, esta labor requiere hacer previamente hacer una breve descripción de la evolución del tipo subjetivo en el Derecho penal, pues solo así estaremos en condiciones de precisar el criterio más adecuado para diferenciar ambas formas de imputación subjetiva (García: 2012, p. 480).

Pero, para diferenciar con mayor claridad el dolo de la culpa, resulta necesario primero conceptualizar lo que la dogmática señala como concepto de culpa.

El Código Penal peruano de 1924 presentaba una definición de culpa – negligencia – en su artículo 82°, segundo párrafo, que delimitaba la culpa consciente y la inconsciente en los siguientes términos: “Comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable, cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal”. De ello se desprende que la esencia de la culpa radica en no prever lo que era previsible o habiéndolo previsto se confió en poder evitar un resultado perjudicial. Sin embargo, el Código Penal de 1991 prescinde de la definición legal antes anotada (Félix: 2016, p. 152).

Así, para establecer las diferencias entre el dolo y la culpa, se pueden considerar dos líneas de interpretación que engloben las posiciones de los autores, por un lado los que defienden la teoría de la voluntad y otro los que defienden la teoría del conocimiento.

En primer lugar se encuentran los defensores de la teoría de la voluntad, para quienes la diferencia subjetiva entre dolo y culpa estaría en la existencia de voluntad respecto del resultado en el dolo y la ausencia de dicho elemento en la culpa. Dolo sería entonces conocimiento del hecho más voluntad respecto del resultado, mientras que culpa sería conocimiento del hecho sin voluntad de producir el resultado (García: 2012, p. 484).

Los problemas generados por los defensores de la teoría de la voluntad dieron pie a que otros autores defiendan la teoría de la representación o posibilidad, la cual ubica la diferencia entre el dolo y la culpa en el elemento cognitivo. La representación o conocimiento de la posibilidad de aparición del resultado determinaría la imputación a título de dolo. A este parecer se le critica, al contrario que la teoría de la voluntad, extender demasiado el ámbito del dolo, en la medida que saca del ámbito de la culpa la figura de la culpa consciente, pasando ésta a formar parte del ámbito de las conductas dolosas. Así como la teoría de la voluntad pone el listón del dolo demasiado alto, la teoría de la representación lo coloca, por el contrario, demasiado bajo (García: 2012, p. 485).

Para evitar la excesiva ampliación de las conductas dolosas se ha producido exigir un requisito adicional, como lo hace la llamada teoría de la probabilidad, la cual requiere, para el dolo, no sólo que el autor se represente el posible resultado lesivo, sino que se represente un grado relevante de probabilidad de su producción. En ese sentido, la diferencia entre ambas formas de responsabilidad subjetiva seguirá encontrándose únicamente en el elemento cognitivo, siendo, por tanto, el criterio de distinción un aspecto puramente cuantitativo. La cuestión será precisar el nivel de conocimiento de la probabilidad de aparición del resultado que se requiere para que la conducta sea dolosa o, en su defecto, culposa (García: 2012, p. 484-486).

1.4- Clases de dolo

Dentro del dolo se conocen tradicionalmente tres formas de dolo: El dolo directo de primer grado, del dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. El primero se presenta cuando el autor tiene conocimiento del hecho y la voluntad de producir el resultado (A dispara en la cabeza a B para darle muerte). En la segunda forma de dolo, el autor tiene igualmente conocimiento del hecho, pero no quiere producir el resultado, aunque lo asume como necesario (A quiere matar al diplomático B, para lo cual coloca una bomba en su auto, sabiendo que con ello va a matar también al chofer, a quien no quiere matar). El dolo eventual carece de elemento volitivo, constando únicamente del elemento cognitivo. La distinción con el dolo directo de segundo grado, se encuentra en el menor grado de conocimiento de la lesividad de la conducta, pues en el dolo eventual solamente existe un conocimiento sobre la probabilidad de que la conducta devenga en un resultado lesivo (por ejemplo: A, que vive en el piso dieciocho de un edificio de una zona transitada, lanza por la ventana de su departamento un mueble de regulares dimensiones, el cual cae sobre un transeúnte que circulaba por la calle). Pese a las diferencias apuntadas, estas tres formas de dolo deben contener los elementos exigibles para que el dolo pueda cumplir su función en la imputación subjetiva (García: 2012, p. 483).

La distinción y determinación conceptual más exacta de las tres formas de dolo es importante porque el legislador no siempre castiga cualquier actuación dolosa sin más, sino que frecuentemente exige una determinada “intención (o propósito)” o utiliza expresiones equivalentes, y en otros casos, mediante el requisito de “actuar a sabiendas” o de actuar “de mala fe”, al menos excluye el dolo eventual. Además, una descripción lo más exacta posible del dolo eventual es necesaria no sólo para delimitarlo de las restantes formas de dolo, sino sobre todo para diferenciarlo de la imprudencia consciente, distinción que en la

mayoría de los casos posee importancia decisiva para la punibilidad (Roxin: 2009, p. 415)

1.5- La demostración del dolo

La jurisprudencia en nuestro país se ha mantenido en la idea clásica de que resulta necesaria, para la imputación dolosa, la demostración del elemento volitivo, muy a diferencia de la jurisprudencia penal española, la que, por el contrario, muestra una orientación cada vez más clara a la renuncia del elemento volitivo, tal como lo expone Bacigalupo Zapater. La situación parece, sin embargo, que está tomando otro cariz en nuestro país a raíz de los fallos emitidos en el proceso penal por el famoso caso de la Discoteca Utopía. En efecto, la sentencia de segunda instancia emitida por la Tercera Sala Penal de reos en cárcel de la Corte Superior de Lima partió conceptualmente del dolo eventual como la seria consideración de la probabilidad del resultado daño y la actuación a pesar de dicha probabilidad (Sentencia del 21 de noviembre de 2006 en el Exp. N° 43-05), lo que se acerca a una teoría de la probabilidad. Si bien la Corte Suprema declaró la nulidad de esta sentencia, no entró a discutir el concepto de dolo utilizado, sino la inobservancia de otros elementos probatorios, especialmente de carácter indiciario, para determinar el grado de conocimiento del imputado (R.N. N° 2167-2008 Lima del 10 de diciembre de 2010). Queda claro que la distinción entre dolo y culpa en la jurisprudencia nacional tiene un antes y un después del caso Utopía (García: 2012, p. 491-492).

La comprensión normativa del dolo parte de la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata, ni se verifica, sino que se imputa. Dicho conocimiento adquiere así una configuración distinta, en la medida que deja de ser un fenómeno psicológico ocurrido en la cabeza del autor durante la realización del delito y pasa a convertirse en una imputación de conocimiento

con base en criterios normativos. Estos criterios normativos no dependen de indicadores externos al Derecho penal, sino que se configuran desde una perspectiva propiamente penal. En este sentido, si el delito se define como la infracción de un rol atribuido a la persona del autor, resulta lógico que los criterios de imputación del conocimiento se asienten en la idea del rol y la persona del autor. De esta manera, para determinar el conocimiento del autor, debe partirse de las competencias de conocimiento que cada rol impone a su titular. No obstante, la sola existencia de estas competencias de conocimiento no basta para afirmar un conocimiento fundamentador del dolo. Para ello es necesario además que el autor haya podido alcanzar esos conocimientos en sus circunstancias personales, pues de otra manera la imputación penal no estará personalizada (García: 2012, p. 494).

Se comparte la posición de Armendariz, al señalar: Consideramos que la imputación subjetiva del hecho y la libre convicción probatoria resultan ser un binomio de gran utilidad para resolver un hecho con contenido penal; en ese sentido, en primer orden, se tiene que considerar que el sistema de atribución penal se mueve en un plano normativo y no así en planos naturalísticos u ónticos; en segundo lugar, debemos considerar que el centro de la imputación jurídico-penal es una persona, la cual es portadora de deberes y derechos en sociedad propio de roles generales y específicos; y en tercer lugar, la valoración de la prueba deberá ser considerada bajo los lineamientos de la lógica, la ciencia, las máximas de la experiencia y, de ser el caso, los criterios de la prueba indiciaria (Arismendiz: 2016, p. 92-93).

CAPÍTULO II

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

2.1- Concepto de Administración Pública

Administrar, según la Academia, es servir. Por consiguiente, administración pública es servicio público, que desde luego cumple el Estado por intermedio de todos sus servidores. No importa la rama, no interesa su jerarquía. Sirven al público en representación del Estado quienes hacen las leyes, inclusive con poder dirigente o de gobierno, conforme al art. 14 de la Constitución Política, como también los sirven quienes las ejecutan o quienes la aplican. Razón tiene Levene (h) cuando advierte que es función que se cumple por todo el conjunto de órganos del Estado y por todos los sujetos empleados suyos, porque a todos se encargó la posibilidad de lograr el bienestar común. Así, dice: “se ha empleado la expresión administración pública en un sentido amplio, comprensivo de los tres poderes del Estado: el poder administrador o ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, tanto nacional como provinciales, incluso también comprende el régimen municipal”. (Ferreira: 1995, p. 3)

Para mejor comprender el bien jurídico protegido en este delito, se hace necesario conceptualizar lo que entendemos como Administración Pública. Para ello, podemos tomar lo expresado por el profesor Fidel Rojas, quien

señala que “[...] la Administración Pública es un punto intermedio entre la ficción jurídica denominada Estado y la Sociedad, en tanto este último destinatario de las funciones y servicios [...] lo verdaderamente importante es la eficiencia y eficacia del Estado [...]” (Rojas Vargas, 2012, p. 103-104).

Y precisa también que “[...] la Administración Pública es el punto de engarce entre el Estado y la población, en consecuencia si la Administración Pública marcha mal, no se cumplen los fines del Estado, los mismos que se encuentran plasmados en la constitución política. Y los fines del Estado los ejecutan siempre los funcionarios y servidores públicos. Entonces en la administración hay un elemento fundamental y dinámico que son los funcionarios y servidores, los mismos que construyen el Estado. Es decir que a través de las funciones y roles bien definidos y correctamente ejecutados el Estado se va construyendo” (Rojas Vargas, 2012, p. 106).

Dicha postura sobre el concepto de Administración Pública es compartida por Hesbert Benavente Torres, quien señala “Nosotros nos adherimos al concepto de administración pública como sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos. Esta situación evidencia que en el interior del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias, desde ese punto de vista puede ser afectado por terceros, Es decir, por administración pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos” (Benavente Chorres, 2012, p. 78).

Ferreira (1995) citando a Kelsen señala: “Kelsen, con su teoría de los cuerpos autónomos, sostiene que por administración del Estado debe entenderse toda gestión cumplida por comunidades totales, emanadas de la totalidad de una nación o de parcialidades de ella, pero representando a la totalidad comunitaria. Es así como se administra todo el territorio nacional y a toda la nacionalidad colombiana. Administración pública es administración del todo estatal. Kelsen rompe con las administraciones localizadas, a las que llama autónomas, como lo es la municipal, al extremo de que su independencia la aparte completamente de la administración pública. Sostiene que no se puede lograr una auténtica “unidad administrativa” integrada, si cada municipio funciona autónomamente no solo respecto de los demás municipios, sino de la misma nación, lo que no deja de ser cierto. No obstante, pensamos que el concepto de administración pública no puede regirse por un concepto personal sobre unidad administrativa, sino por el más genérico de unidad nacional” (Ferreira: 1995, p. 2-3).

En consecuencia, por administración pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos. (Ferreira: 1995, p. 4).

2.2- Administración Pública como bien jurídico protegido genérico

El delito de prevaricato se encuentra dentro de los delitos contra la administración pública, por tanto 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 funciones Y todo

lo que signifique menoscabo grave a la imparcialidad transparencia y eficacia de la administración debe ser conjurado por el derecho penal (Arbulú, 2011, p. 532).

El bien jurídico protegido con carácter general o categorial en los delitos del Título XX, objeto del presente estudio, lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración pública, en vertiente objetiva de “función pública” o servicio público, en su aspecto más bien externo, de la relación Administración-ciudadano, aunque en algunos delitos (delito de nombramientos ilegales y desobediencia funcional) se protege de un modo directo e inmediato al aspecto interno (de organización, o de relación Administración-funcionarios), aunque sin dejar de proteger siquiera sea indirectamente el aspecto externo antes referido (Mir Puig: 2000, p. 19-20).

Esta concepción de administración pública como función pública, recogida en la legislación española, se dilucida mejor conceptualizado lo que la doctrina española considera como función pública. Así lo precisa Mir Puig: “[...] existen principalmente tres concepciones de función pública:

- a) La teleológica o finalista: la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final (Zanobini). La función administrativa es la que persigue la satisfacción de necesidades materiales de interés general. Es la que tiende al bien común. La que tiene la finalidad de alcanzar el interés general o público mediante la prestación de determinados servicios (así la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, que la combina con la concepción estrictamente subjetiva: función pública es la función o actividad realizada por un ente público).
- b) La concepción objetiva o formal: Según esta concepción la función será pública o privada según el sector del ordenamiento jurídico que contemple el régimen del giro del ente público; es decir, si su giro, su

actividad, está sometido a Derecho público, serán públicas las funciones y si está sometido a Derecho privado, serán funciones privadas [...].

- c) La concepción mixta: Combina las concepciones teleológico-subjetiva y objetiva, exigiendo para la construcción del concepto de función pública tres criterios: el subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por ente público), teleológico (función pública es aquella que persigue fines públicos) y objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho público)” (Mir Puig: 2000, p. 23-24).

Aunque la referencia a la Administración pública no presente problemas político-criminales de legitimidad, no ofrece un criterio interpretativo seguro. Sobre todo por tratarse de un bien jurídico de carácter supraindividual. Por ello es preciso intentar llevar a cabo una mayor concreción que pueda prestar ayuda a efectos interpretativos. En primer lugar, es preciso señalar que la doctrina mayoritaria viene entendiendo la Administración pública como un bien jurídico de tipo funcional y no de tipo estático: la función pública en sus diversas variantes. Es decir, lo que se intenta tutelar es el <<correcto funcionamiento de la Administración Pública>> y no un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social. Lo que se pretende proteger de forma primordial en los arts. 404 y siguientes es la función o tarea constitucional de la Administración pública: servir con eficacia y objetividad a los intereses generales [...] En efecto, si de lo que se trata es de garantizar el correcto desempeño de la función pública, deberán respetarse para ello las previsiones constitucionales formuladas en esta materia. Precisamente por esta razón resulta imprescindible la referencia a los principios y valores que constitucionalmente articulan su funcionamiento. Este planteamiento de la cuestión conduce a negar definitivamente la protección de la Administración per se o bien de su prestigio o dignidad, y a reconocer como

único interés merecedor de tutela la actividad pública, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. En este contexto jurídico-político, la actividad pública no se justifica ni legitima por sí misma, sino en cuanto que instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales” (Heidegger, 2012, pp. 15-16).

[...] Si se tiene en cuenta el carácter fragmentario y de ultima ratio del Derecho penal, no se debe entender la referencia abierta a un funcionamiento correcto como perfección, sino como cumplimiento de unos <<mínimos>> por parte de la Administración pública a la hora de servir a los interés generales. No puede cobrar relevancia para el Derecho penal toda perturbación de la actividad administrativa. Esta idea no obliga a llevar a cabo una selección de las perturbaciones más graves. Esta es una cuestión que afecta a la interpretación de las diversas figuras delictivas y a la determinación de su ámbito de protección. Aquí sólo se puede formular por ahora esta idea con carácter general. Desde un punto de vista político-criminal esos <<mínimos>> se pueden entender como un interés básico para la pervivencia de nuestro sistema político-social tal y como lo entendemos hoy en día, y por ello, la intervención del Derecho penal se ve legitimada. La protección de <<lo básico en la función pública>> como un interés más restringido que un funcionamiento impecable de la Administración es lo que justifica la intervención del Derecho penal. El injusto penal, como injusto merecedor de pena, ha de implicar un <<plus de injusto>> frente al disciplinario, merecedor de una sanción administrativa. El mayor desvalor puede ser debido a razones objetivas (del alcance lesivo, por ejemplo) o razones subjetivas. Así, por ejemplo, la responsabilidad por imprudencia ha sido eliminada de este ámbito. Para resolver estos conflictos resulta suficiente el Derecho administrativo (Heidegger, 2013, pp. 16-17).

Es muy importante tomar en cuenta que los roles que cumplen los funcionarios y servidores, roles que ellos asumen al ingresar a la Administración Pública, definirán la imagen que tiene la Administración Pública en la sociedad. Siendo así, si las personas que ingresan a la administración, por ejemplo, al Poder Judicial, al Ministerio Público, etc., si esas personas no cumplen adecuadamente sus atribuciones (contenidas en el marco formal amplio de sus funciones), entonces la imagen que se proyecta en la población es que este Estado es uno que no atiende las necesidades de dicha población. (Rojas Vargas, p. 105).

En esa perspectiva de interpretación la Administración Pública desde la lectura penal no son las instituciones, no son las jerarquías, sino que la Administración Pública de acuerdo al bien jurídico protegido debe ser entendida como las funciones y los Servicios Públicos, son las competencias y atribuciones de los funcionarios y servidores públicos. Allí es donde apunta el bien jurídico protegido, a garantizar que las atribuciones y roles de los funcionarios y servidores se cumplan en una buena marcha administrativa. (Rojas Vargas, p. 107)

El bien jurídico penal “Administración Pública”, hace referencia a aquel conjunto de funciones y servidores por medio de los cuales el Estado se hace presente en la sociedad. Y se hace presente para asegurarle a la sociedad los principios constitucionales establecidos en la Carta Magna. (Vargas Rojas, p. 107).

El bien jurídico – Administración Pública -, comprende un sub-sistema estatal imprescindible en un orden democrático de derecho, esto es, la Administración de Justicia como valor esencial del Sistema Jurídico-Estatal. La Administración de Justicia es un bien jurídico institucional que

cobra especial relevancia, en una sociedad regida por el Derecho y la Justicia, como única forma racional de resolver los conflictos sociales que surgen entre los asociados. El fin supremo del Derecho, en general, es servir a la Justicia, mediante la pretensión de conseguir soluciones justas ante problemas jurídicos provenientes de conflictos sociales. Desde que hizo aparición el Estado de Derecho en nuestras sociedades, la civilización habría de sustituir la venganza privada entre los ciudadanos, constituyéndose un monopolio estatal en el ejercicio y aplicación del derecho, como expresión esencial de la razón humana (Peña Cabrera Freyre, 2011, p. 341).

El Código Penal Español realiza una distinción clara en torno a los delitos que protegen la correcta administración pública, de los delitos que protegen la administración de justicia, distinguiendo incluso la prevaricación cometida por funcionarios públicos de la prevaricación judicial. Así lo resalta Mir Puig: “Esta diferencia sistemática del nuevo Código Penal viene a resaltar que en los delitos contra la Administración Pública existe un bien jurídico común que es genéricamente la función pública como actividad de prestación a los administrados, la función pública que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la legalidad existente, que permite huir de una concepción de éstos delitos exclusivamente como infracciones de los deberes de los funcionarios respecto de la Administración. La Administración Pública como objeto de protección no se corresponde con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública antes referida. Más concretamente, se protege en el delito de prevaricación del funcionario público el deber de objetividad” (Mir Puig: 2000, p. 42).

2.3- Concepto de Administración de Justicia

La Administración de Justicia engloba una actividad esencial en un sistema social regido por normas, que regulan su configuración comunitaria. Las controversias que surgen entre los ciudadanos deben resolverse bajo fórmulas racionales y en un sistema, que pueda garantizar dos puntos esenciales: Seguridad jurídica para los justiciables e imparcialidad, quiere decir esto último, que los funcionarios públicos que administran justicia deben resolver las dirimencias, de forma objetiva, sin pretender beneficiar a una de las partes, sólo debe aplicar el derecho que corresponda, obviamente utilizando técnicas interpretativas que se derivan de un ejercicio dogmático, necesario en un orden normativo plagado por las deficiencias constructivistas de la ley; por tales motivos, lo que el legislador pretende tutelar son los intereses jurídicos de los ciudadanos, que se someten al arbitrio de la tutela jurisdiccional efectiva, de que los jueces resuelvan las controversias con objetividad jurídica, y de esa forma, no se afecte los intereses privados amparados por el derecho (Peña Cabrera Freyre, 2011, p. 342).

El término Administración de Justicia tiene un carácter multívoco, incluso en su empleo por la Constitución de 1978, y con él puede aludirse a conceptos muy diferentes: a la Administración de Justicia como conjunto orgánico integrante de la Administración del Estado, a la función estatal de administrar justicia, al Poder Judicial como concepto político dentro del esquema de división de poderes, al Poder Judicial en un sentido orgánico o como concepto funcional equivalente a la potestad jurisdiccional. No es clara en la doctrina cuál de estas acepciones es objeto de tutela penal en el Título XX del CP y, a veces, se utilizan las distintas acepciones a la vez para reclamar la ubicación en el mismo de los más diversos tipos penales situados en otros lugares del Código. Tampoco faltan algunos autores que considerar que “con la referencia a la Administración de Justicia no se alude

en puridad a un bien jurídico común a las infracciones que contemplamos” y “a los sumo, en alguno de los delitos puede decirse que la Administración de Justicia queda afectada de manera muy indirecta” o que “lo único que éstos tipos penales tienen de similitud entre sí es una vaga relación con el fin último de justicia, entendida a veces como función, a veces como realización de un ideal, y a veces como deber de sumisión y respeto, o de lealtad y colaboración con ella (Ramos: 2000, p. 104-105).

Una de las acepciones posibles del término Administración de Justicia es la que lo identifica con el Poder Judicial como poder del Estado y, en ese sentido, el traslado de la prevaricación judicial al Título de los Delitos contra la Administración de Justicia y la creación de un título dedicado a los “Delitos contra la Administración Pública” ha podido ser interpretado como una plasmación del principio constitucional de división de poderes. (Ramos: 2000, p. 106).

En consecuencia, la distinción entre Administración Pública y Administración de Justicia no puede ser entendida como un reflejo en la sistemática del Código del principio de la división de poderes, en cuanto que la rúbrica de la Administración Pública no puede identificarse con la de Poder Ejecutivo, resultando esta rúbrica inútil tanto como valor indiciario del bien jurídico protegido en los delitos que comprende como del entendido reflejo de la división de poderes. (Ramos: 2000, p. 111).

Otra perspectiva del fundamento de la prevaricación judicial la proporcionan los autores que se refieren a la Administración de Justicia como institución cuyo prestigio ante los ciudadanos debe protegerse penalmente. Desde este punto de vista, el bien jurídico que se tutelaría en la prevaricación judicial es “el prestigio de la Administración de Justicia” o “la confianza que los ciudadanos depositan en ella”, de forma paralela a la

protección del prestigio o la confianza en la Administración Pública a la que se dirigen el resto de delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. (Ramos: 2000, p. 111).

Una acepción muy extendida del concepto de Administración de Justicia como objeto de protección en el Título XX y, por ende, en la prevaricación judicial, es la que lo identifica con un servicio público o una actividad prestacional del Estado específica dentro de la Administración Pública en general, a la que se dedica el Título XIX CP. En la doctrina española ya venía siendo común acudir, en la determinación del bien jurídico protegido por los funcionarios públicos, a la consideración de estos delitos como lesivos del “servicio que los poderes públicos vienen obligados a prestar a la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. (Ramos: 2000, p. 115).

[...] La acepción de Administración de Justicia a la que se refiere aquí el CP es el que se corresponde con la administración de justicia como una institución cuya finalidad es la realización del Derecho, el *ius dicere*, en la que el Juez actúa no como un órgano del Estado sino del Derecho. En esa función el Juez es, en palabras de GARCIA DE ENTERRÍA, “viva vox iuris dictio”, directamente vinculada al Derecho, sin insertarse jerárquicamente en ninguna organización, sin perjuicio de que ésta le designe, le sostenga y ponga al servicio de sus decisiones su propia fuerza. (Ramos: 2000, p. 122-123).

Esta concepción del juez independiente y de su papel como garante de Derecho tiene una importancia trascendental en la teorización sobre la función jurisdiccional y se asienta en una distinción teórica que ha traspasado toda la ciencia del Derecho Público europeo hasta finales del siglo XIX: la distinción entre poder y derecho. La ley no se concibe como

pura voluntad del legislador sino como *ratio*, de forma que al someterse el juez al derecho en forma de ley, conforme a las exigencias del Estado constitucional, el juez no se somete en rigor a otro poder político, sino que, al ejecutar la ley, el juez no hace otra cosa que operar como garante de lo justo, como garante del derecho. (Ramos: 2000, p. 123).

En el delito de prevaricación judicial, por tanto, el bien jurídico de referencia es la administración de justicia en su función de realización del Derecho, de garantía del imperio del Derecho. Esta perspectiva es la adoptada por la mayoría de la doctrina alemana actual sobre el delito de prevaricación, cuya descripción típica facilita desde luego esta perspectiva: “el juez, funcionario público o árbitro, culpable de un torcimiento del Derecho en la dirección o decisión de un asunto jurídico a favor o en perjuicio de una de las partes”. (Ramos: 2000, p. 127).

2.4- Correcto funcionamiento de la Administración de Justicia

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 judicial. 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 disciplinaria (Arbulú Martínez, p. 532).

Y en el delito de prevaricación judicial (delitos contra la Administración de Justicia) se protege dentro de la función pública el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 117.1 y 3 de la CE) por jueces y magistrados imparciales

y responsables, sometida al imperio de la ley. El delito de prevaricación judicial lesiona dicho bien jurídico “desde dentro del Estado”. En cambio, los restantes delitos contra la Administración de Justicia “lo hacen desde fuera”, impidiendo o dificultando la tarea de los jueces (Mir Puig: 2000, p. 42).

Existe cierta distinción entre los autores que consideran como bien jurídico protegido la “correcta administración de justicia” y otros que consideran que es solamente la “administración de justicia”; así lo señala Alfaro en su artículo “Algunas consideraciones acerca del delito de Prevaricato” publicado en la Revista de Derecho Penal del Instituto de Derecho Penal de Buenos Aires, donde señala que “El bien jurídico protegido es la recta administración de justicia en tanto esté cumpliendo los actos inherentes a su función, ya sea por los órganos habilitados para juzgar o por los auxiliares que contribuyen a la formación de los actos procesales en que se apoya la decisión de los primeros” (Soler: 1992, citado por Alfaro: 2005, p. 253); mientras que “[...] otros autores sustentan que el bien jurídico protegido es la administración de justicia, porque las conductas que se castigan afectan a lo que constituye el núcleo central de la función jurisdiccional, en su sentido más estricto, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (González Rus: 1997, citado por Alfaro: 2005, p. 253).

La misma profesora Alfaro señala que, conforme a la doctrina española, se protege a la administración de justicia; pero no en cuanto administración, pues para eso bastaría con reunir todos los tipos en el título relativo a la administración en general, sino en cuanto soporte de la actividad del poder jurisdiccional del Estado (Poder Judicial), a pesar de que ese poder pueda ser defendido a través de otros preceptos (Alfaro: 2005, p. 253).

No obstante la distinción realizada en la legislación española, la doctrina mantiene la vinculación del bien jurídico protegido administración de justicia con el de administración pública. Así lo señala Ramos (2000): “De ahí que siga siendo frecuente en la doctrina recurrir, para la determinación del bien jurídico protegido en la prevaricación judicial, a paralelismos con el bien jurídico que se entiende protegido en la prevaricación de funcionario público y, en general, en los delitos de funcionarios públicos. Las tesis sobre el bien jurídico protegido en la prevaricación judicial se formulan siguiendo las realizadas para los delitos contra la Administración Pública, de forma que se observa un paralelismo entre el bien jurídico que se dice protegido en la prevaricación judicial y en la de funcionario público (correcto ejercicio de la potestad administrativa o jurisdiccional, confianza de los ciudadanos en la Administración Pública o en la de Justicia, común obligación de imparcialidad o principio de legalidad en el ejercicio de funciones públicas), lo cual difícilmente permite justificar la mucho más restringida incriminación y mayor benignidad de las penas del delito de prevaricación de funcionario público del art. 404. La estrecha relación que la rúbricas de los títulos XIX y XX permiten establecer entre la prevaricación judicial y los demás delitos de funcionarios se observa en la opinión de QUINTERO OLIVARES, para quien las infracciones contenidas en el título dedicado a la Administración de Justicia, pueden agruparse como delitos de los funcionarios de la Administración de Justicia contra esa misma Administración, o bien de los particulares o profesionales contra el correcto funcionamiento de la Justicia y, como él mismo advierte, “la diversidad de fundamentos de ambos grupos de hechos delictivos es evidente, sobre todo el primero, que guarda una particular relación con los delitos contra la Administración Pública”. Si a dicha consideración de la prevaricación judicial como delito de un funcionario de la Administración de Justicia, se le une que el término prevaricación sigue estando vinculado en sentido amplio a la idea de del funcionario público que se aparte de los deberes de

su cargo, se comprenderá que su regulación en el título dedicado a la Administración de Justicia no suponga en sí mismo un alejamiento sustancial de la categoría de los delitos cometidos por los funcionarios públicos” (Ramos: 2000, p. 102-103).

Entonces, la tipificación del delito de prevaricato obedece a una necesidad esencial: De poner límites al poder arbitrario de los órganos públicos, de colocar los derechos y las libertades fundamentales, como un valladar inexpugnable ante toda actividad pública (Peña Cabrera Freyre, 2011, p. 346).

Es un delito contra la administración de justicia cuyo correcto funcionamiento se ve afectado por los abogados y los mandatarios que representan a las partes en el juicio, sujetos cuya intervención perfecciona la relación procesal y, por tanto, el correcto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional también depende de ellos tanto como del juez; su actuación infiel la pone igualmente en peligro (Alfaro: 2005, p. 271).

El bien jurídico protegido es el interés que posee el Estado en la recta administración de la justicia, la cual puede ser perjudicada tanto por la mala actuación del juez como por la actuación infiel de los abogados o mandatarios judiciales, toda vez que al perjudicar deliberadamente la causa que se les ha confiado rompen con el equilibrio que debe existir entre las partes. De esta manera, la administración de justicia, se convierte, sin saberlo, en cómplice de un ilícito de los particulares (Alfaro: 2005, p. 271).

También a nivel de la jurisprudencia, la Corte Suprema de la República ha reconocido a la correcta administración de justicia como bien jurídico protegido, al señalar: “El bien jurídico protegido es la correcta administración de justicia, entendida esta como una actividad que engloba

ciertos principios fundamentales, esto es, de legalidad, independencia, imparcialidad e igualdad, y que busca garantizar que los funcionarios públicos que administran justicia resolverán los conflictos de forma objetiva, sin pretender beneficiar a una de las partes³. De ello se concluye que el delito de prevaricato no puede recaer en cualquier resolución (simples decretos o providencias que provean las peticiones de las partes o importen órdenes sobre actividades jurisdiccionales) sino en decisiones judiciales que, además de violar la normatividad, constituyan un menoscabo grave a la imparcialidad y eficacia de la administración pública. Se trata, pues, de resoluciones de alcance e interés jurídico importante en los derechos subjetivos de los justiciables”⁵.

⁵ Fundamento 5.2, emitido en la Apelación N° 20-2015-Puno de fecha 07.02.2017, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

CAPÍTULO III

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA MODALIDAD DE PREVARICATO

3.1- Origen histórico:

El delito de Prevaricato, no es una figura jurídica de los estados modernos, por el contrario data de la época Romana, civilización cuna del Derecho y que ha servido de cimiento sobre el cual se erige el Derecho en nuestro país. Así, el Derecho Romano, estableció la *acción de perduelito* contra el magistrado que violaba uno de sus deberes, luego con la *Lex Cornelia* se incorporó como sujeto activo al *pretor* a quien se le castigaba cuando no aplicaba correctamente las leyes. El profesor Víctor Jimmy Arbulú Martínez, nos precisa además que “La prevaricación figuraba 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” (Arbulú, 2003, p. 529)⁶.

⁶ Cita tomada de: Arbulú Martínez, V. J. (2011). Estudios Críticos de Derecho Penal Peruano. Gaceta Jurídica, p.529.

De acuerdo con Teodoro Mommsen, los romanos denominaron *praevaricatus* al delito que comete el abogado que regala la causa que defiende a su adversario, y en ese sentido plasmaron dos tipos de prevaricato: a uno lo llamaron *tergiveratio*, ilícito que cometen los que desisten de su acusación, sin haber ensayado primero la defensa de su causa y con perjuicio para su defendido; al otro lo llamaron *cum ludere*, que es colusión en castellano, y que era el delito cometido por el apoderado que, obrando como actor realmente no ataca a su adversario: pasando ligeramente por sus pruebas favorables, o dando énfasis en las que le condenan o admitiendo los cargos en su contra, a sabiendas de que son falsos o destruibles. Carmignani, a su vez, habla de un tercer tipo de prevaricato romano al que llama impropio, que incluía el llamado *pacto de quota litis*, sobre la cual se pronunció Carrara diciendo: “Yo no puedo aceptarla. No es que quiera convertir en problema la improbidad de los pactos por los cuales el apoderado se hace socio del cliente para recuperar las cosas que fueron objeto de pleito, pues esta improbidad no solo está demostrada por las autoridades, sino por el sentido moral del mismo, al que repugna que el cargo del apoderado, que siempre debe ser imparcial y concienzudo, se ponga en conflicto con especulaciones” (Ferreira: 1995, p. 131).

En la mayor parte de las codificaciones, el prevaricato es del delito del abogado en ejercicio de su profesión. Al funcionario que prevarica se le castiga como corrupción. Pero al final fueron los españoles quienes distinguieron entre el abuso del abogado en ejercicio de su representación, y el del funcionario en ejercicio de su función, mediante la traición y ambas expresiones delictivas las llamaron prevaricación (Ferreira: 1995, p. 132).

3.2- Origen Normativo en el Perú:

La regulación del Prevaricato en el Perú tiene sus orígenes desde los primeros cuerpos normativos.

- Código Penal de 1863: Se regulaba en el artículo 170°, incisos 1, 3 y 5; se sancionaba al juez que expedía una sentencia definitiva manifiestamente injusta, o citaba hechos y resoluciones falsas o se apoyaba en leyes supuestas o derogadas.
- Código Penal de 1924: Se regulaba en el artículo 354° junto a los delitos contra los deberes de función, de manera similar que en la codificación anterior; sin embargo, con la instauración del Ministerio Público como organismo independiente y autónomo encargado de la persecución penal pública a partir de la Constitución Política de 1979, se incluye como sujeto activo al “Fiscal”, mediante el Decreto Legislativo N° 121 de fecha 12 de junio de 1981.
- Código Penal de 1991: Regulado en el artículo 418°, aquí ya se encuentran incluidos como sujeto activo los jueces y fiscales, reprimiendo a aquellos que dicta resolución o emitan dictamen contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoyan en leyes supuestas o derogadas; agregándose posteriormente como elemento descriptivo el término “a sabiendas”, mediante Ley N° 2849 de fecha 12 de abril de 2005.

3.3- Concepto de Prevaricato

Para una mejor conceptualización del Prevaricato, partimos por definir el significado etimológico del vocablo “prevaricato”, el cual, conforme lo señala el profesor Arbulú Martínez (2011), proviene del latín *prevaricatus*, de dos voces latinas *prae* (delante) *vicare* (abrir las piernas) o sea el que da un trapiés, quien invierte el orden lógico de las cosas y en el caso del Juez que coloca su capricho por sobre la ley. Por ello, la Real Academia de la

Lengua Española, ha determinado como significado denotado que el prevaricato es la acción de cualquier funcionario que falta a los deberes de su cargo (Arbulú, p. 530).

A la regulación de conductas tan dispersas bajo el nombre de “prevaricación”, se ha sumado la definición gramatical del término para contribuir a que el delito se haya fundamentado mayoritariamente en la infracción del deber del cargo. Así, en su definición gramatical, “prevaricar es faltar uno a la obligación de su oficio, quebrantando la fe, palabra, religión o juramento”. Por ello, se ha considerado en la doctrina que lo que caracteriza a la prevaricación es la infracción del deber, pues, dado todos los supuestos que incluía el CP, “todo lo que se puede decir de ella es, en sentido amplio, que consiste en faltar a la obligación de la autoridad o cargo que se desempeña, en los cometidos y en las formas que establecen los artículos del Código (Ramos: 2000, p. 88).

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 (Arbulú, p. 529).

Señala también el profesor Fidel Rojas (2012), en su esmero por describir el prevaricato que: “Con relación al delito de prevaricato, previsto en el artículo 418 del Código Penal, resulta oportuno, en este punto, precisar e ilustrar que el delito de prevaricato es el delito de las decisiones judiciales o fiscales contrarias a Derecho, esto es, constituye un delito contra la administración de justicia, que afecta las condiciones ideales sobre las cuales se estructura la maquinaria fiscal-judicial para dictar resoluciones en general, dictámenes y fallos que se encuentran en el marco de la dinámica

de la función jurisdiccional y que permiten que dichos órganos del sistema de justicia cumplan sus misiones constitucionales y legales” (Rojas Vargas, p. 407).

Una característica del delito de Prevaricación judicial es la activa obstrucción beligerante para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa [...] Ello no significa que el juez esté atado ciegamente a la voluntad legislativa, sino no habría interpretación judicial, pero está obligado a actuar sin arbitrariedad (Arbulú, p. 530).

La acción para Muñoz Conde (1999) 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 particulares (Múñoz Conde, p. 473).

El delito de prevaricato es un delito de evidente abuso de autoridad y de conducta comisiva, con el cual el funcionario no solo quebranta formalmente deberes prestablecidos que cuestionan la vigencia de la ley afectada, sino y sobre todo, implica el conocimiento y la injusticia de que su decisión está torciendo los mandatos prohibitivos o mandatorios de la norma jurídica. Vale decir, supone tanto una infracción formal como sustancial a la Ley. La infracción sustantiva, que requiere el prevaricato en nuestra legislación penal, nos permite diferenciar la relevancia penal del prevaricato de los denominados prevaricatos de interés administrativa, muy frecuentes en la Administración Pública, y que deben su etiología y naturaleza a comportamientos negligentes, desidiosos o de ligerezas cuestionables por error, que encuentran en materia justiciable disciplinaria

su *ratio essendi* y sus propios campos de dilucidación y sanción (Rojas Vargas, 2012, p. 407).

Al ser la Fiscalía de la Nación, la única autoridad competente para promover la acción penal contra un magistrado (juez o fiscal), previa investigación preliminar a cargo de la Fiscalía Suprema de Control Interno y actualmente desde octubre 2018, a cargo de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, motivo por el cual importa sobre manera el concepto que la Fiscalía de la Nación atribuye a este delito. Así, en la Resolución N° 419-2010-MP-FN Lima de fecha 25 de enero del 2010, señala sobre el concepto del delito de Prevaricato que: “[...] *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 [...]*”.

3.4- Bien Jurídico Tutelado:

Se trata de los llamados delitos pluriofensivos pues, como consecuencia de la actividad o inactividad del profesional, resulta perjuicio a quien le confió un interés económico, moral, etcétera. Como afirma Carrera, la figura tutela la recta administración de justicia y, en forma refleja, el interés del particular. Éste es el ilícito que en muchas legislaciones merece el nombre de prevaricato, siguiendo tradición visible ya en el Derecho Romano (Alfaro: 2005, p. 271).

Al analizar las teorías que tratan de fundamentar el delito de prevaricación y la lesión de un bien jurídico, hemos visto que difícilmente puede prescindirse en la esencia del ilícito de la infracción de un deber por parte del juez en ejercicio de su función jurisdiccional. Ahora bien, ello no quiere decir que deba concebirse el delito como la infracción, por parte de un funcionario público, de los deberes que en el ejercicio del cargo ha asumido frente al Estado, siguiendo la tesis tradicional anteriormente criticada de la prevaricación judicial como delito de infracción del deber del cargo frente al Estado. Con una perspectiva totalmente alejada de aquella postura, a pesar de la coincidencia en la alusión a la infracción de deberes, puede contemplarse el ilícito de la prevaricación como la infracción de un deber extrapenal derivado, no de las relaciones del sujeto con el Estado, sino de la propia posición jurídica que ocupa el juez en relación con la administración de justicia. El ilícito se incluiría así en la categoría formulada por JACKOBS de “delitos de infracción de un deber o en virtud de responsabilidad institucional”, entre los que el citado autor incluye expresamente al delito de prevaricación judicial. (Ramos: 2000, p. 136).

La Corte Suprema ha establecido precisiones en torno al bien jurídico protegido, señalando que: “En esta figura delictiva, el bien jurídico objeto de protección comprende un doble plano conceptual: a) El deber del magistrado de no resolver de forma antijurídica, es decir, someter sus decisiones jurisdiccionales al amparo estricto del ordenamiento jurídico, preservando la objetividad, imparcialidad e independencia de la función jurisdiccional, y, b) La seguridad jurídica que debe revestir la administración de justicia en el Estado de Derecho, como una forma de garantizar la vigencia fáctica del ordenamiento

jurídico, necesario en una comprensión comunicativa hacia la sociedad, que se orienta hacia su reconocimiento formal y material⁷”.

Mayores detalles en torno al bien jurídico protegido se encuentran desarrollados en el capítulo especial sobre la administración de justicia como bien jurídico protegido.

3.5- Tipicidad Objetiva:

3.5.1- Sujeto Activo

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 Poder Judicial y la Ley de Carrera Judicial, mientras que los segundos por su Ley Orgánica e igualmente su Ley de Carrera Fiscal.

En el juez se presupone la mayor jerarquía moral porque es el depositario del derecho y por su boca habla la ley. Por eso el prevaricato del juez debe ser una agravante de la pena. Ha dicho la Corte Suprema: “Es bien sabido que cuando un funcionario adopta decisiones prevaricadoras, propicia el desorden, prejuicio y descrédito de la administración, lo que hace su comportamiento reprochable. Pero si aquellas decisiones se producen por

⁷ Fundamento de la Apelación N° 8-2015-San Martín, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

un funcionario judicial y afectan un proceso, las consecuencias de injusticia y de impunidad producen desasosiego y desconcierto, quebrantando en mayor grado el equilibrio que se estaba llamado a restaurar, dejando insatisfecho el anhelo de justicia y generando en los asociados desconfianza, lo que connota el hecho de y una gravedad superior (Ferreira: 1995, p. 134).

Al tratarse de un delito especial propio en cuanto sólo puede ser cometido por quien ostente la condición de funcionario o autoridad, en nuestra hipótesis, se trata del juez. Aunque, con acierto, se ha considerado que es posible la coautoría siempre que la resolución requiera de varios sujetos activos, como es el caso de un tribunal colegiado, mas solamente prevaricarán los jueces en los que se cumpla el elemento subjetivo, aunque el Tribunal Supremo considere responsables del delito de prevaricación a todos aquellos miembros del órgano colegiado que contribuyeron con su voto a la adopción del acuerdo injusto, y solamente excluye responsabilidad penal a los miembros del órgano colegiado que se abstuvieron o votaron en contra de la resolución injusta (Alfaro: 2055, p. 255).

Así, también precisa el profesor Arbulú Martínez (2011) que no existe el prevaricato por omisión, pues si no hay objeto material, sea la resolución o el dictamen contrarios a ley, dicha conducta se considera atípica. Señala “El prevaricato es un delito de acción que colisiona contra una norma prohibitiva (no preceptiva). El agente del delito debe dictar una resolución o un dictamen. La omisión de emitir una resolución o dictamen tiene relevancia en el ámbito del procedimiento administrativo disciplinario (Arbulú, p. 533).

También se realiza la precisión en la legislación penal argentina, “Los sujetos que sólo pueden cometer este delito son aquellos funcionarios

públicos, conforme surge de la definición que establece el artículo 77 del Código Penal, que actúen en juicio en razón de haberseles confiado por mandato legal, o de su superior, la defensa de un interés y que en dicha actividad produzcan dictámenes” (Alfaro: 2005, p. 272).

Conforme podemos advertir, la doctrina argentina, tiene un espectro más amplio que la peruana, en relación al sujeto activo del delito, al considerar como agente al funcionario público que actúe en juicio; así no solamente se considera a los jueces o fiscales, como sucede en el Perú, sino también a abogados o mandatarios judiciales, siempre que éstos actúen en un juicio.

Sólo pueden ser abogados y mandatarios judiciales, en tanto actúen en juicio. En este grupo de delitos los agentes, generalmente, son funcionarios públicos. Ello se debe específicamente a la naturaleza pública de la función en la que intervienen, en la cooperación que la ley les asigna con la administración de justicia; son imprescindibles pese a ser personas privadas y a carecer de la condición de funcionarios, aunque algunos de ellos puedan serlo (Alfaro: 2005, p. 272).

Se entiende por abogado aquel que ejerce la defensa de los intereses de las partes en virtud de poseer título habilitante y la inscripción en la matrícula profesional que se requiere en cada provincia y ante la justicia nacional. Su actividad profesional puede limitarse al mero patrocinio en el proceso civil o al del querellante o del particular damnificado en el proceso penal, o alcanzar el carácter de parte como defensor. // Es mandatario judicial aquel que representa en juicio a una parte según las leyes y reglamentaciones vigentes. Pueden superponerse estas condiciones en la misma persona que ejerce, promiscuamente, ambas profesiones, abogado y procurador (Alfaro: 2005, p. 272).

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.

3.5.2- Conducta Típica:

A) PREVARICATO DE DERECHO:

Emitir resolución o dictamen contrarios al texto expreso y claro de la ley.

Una de las conductas que contempla el delito de Prevaricato es la de emitir resolución o dictamen contrarios al texto expreso y claro de la ley, conducta conocida en la doctrina como Prevaricato de Derecho.

Señala así el profesor Fidel Rojas (2012): “La manifiesta contrariedad al texto expreso y claro de la ley, a que alude la figura penal de prevaricato, está contextualizada en aquella expresión normativa que no requiere en su interpretación otra significación, contenido y alcances que la simplemente gramatical, y que es la que le permite al fiscal y juez, a sabiendas desarrollar comportamientos decisorios de quebrantamiento o de torcimiento de su significado. Texto claro de la ley es así, aquel que no exige mayor análisis e interpretación que el que de manera natural (en su entendimiento ordinario gramatical) se desprende, deriva o infiere de la frase o palabra utilizada o norma jurídica que envía así, a sus destinatarios, mensajes comunicativos” (Rojas, p. 442).

La descripción típica del artículo 418 del CP, dispone lo siguiente “El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrario al texto expreso y claro de la ley (...)”⁸. Este precepto hace alusión a la prevaricación de derecho. Manifiestamente contrario a la ley, es lo que viola

⁸ Artículo vigente del Código Penal Peruano, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635, publicado el 08-04-1991.

su tenor literal o su contenido espiritual, es decir, aquello que no puede desconocer un funcionario al ejercer sus funciones. Cuando se viola manifiestamente la ley por quien la aplica, es obvio que lo hace, queriendo violarla, porque conoce su verdadero sentido y aplicación. La resolución es contraria a la ley cuando adopta 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 (Peña Cabrera Freyre, Delitos contra la Administración de Justicia, pág. 362).

El prevaricato de derecho es esencialmente la modalidad más difícil de desentrañar y valorar, en la medida que el magistrado muchas veces se ampara en la libertad de criterio y en sus facultades interpretativas para resolver contrario a derecho, lo que, en la práctica conlleva al proceso de adecuación típica de difícil concreción (Peña Cabrera Freyre, 2011, p. 361).

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 verbalización, en su textualización, en buena cuenta, en su encarnación lingüística 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”. (Arbulú Martínez, p. 534).

El delito de prevaricato en el sistema penal argentino, asume una primera modalidad: cuando la resolución es contraria a la ley expresa, cuando se opone a ella: la ley no manda, y la resolución lo hace; aquella prohíbe, y la segunda faculta. Ante tal supuesto se está frente al prevaricato de derecho (Alfaro: 2005, p. 255).

Agrega Alfaro: Lo definitorio es que la resolución se funde en clara contradicción a la ley, pues si la decisión se ajusta a ella, no importa si es la invocada por el órgano jurisdiccional o por la parte; puede invocarse una ley inaplicable al caso, pero acertar en la solución que contempla otra ley, y en ello no hay prevaricato. Se ha considerado que “no prevarica el juez que se equivoca y comete una legalidad” (Alfaro: 2005, p. 257).

Esta última afirmación define uno de las principales controversias en relación al delito de Prevaricato, la exclusión del margen de punibilidad de las conductas judiciales que emiten resoluciones contrarias a la ley cometidas por “error”. Así lo precisa Alfaro al señalar: Si bien se ha dicho que los jueces son pasibles de error en la calificación de los hechos y aplicación de las normas de la ley, no ha de deducirse de ello, mientras no medie prueba plena de infracciones dolosas o quebrantamientos intencionales de la ley, que hayan incurrido en prevaricato frente a una resolución equivocada o contraria al criterio legal, doctrinario o jurisprudencial (Alfaro: 2005, p. 257).

Como consecuencia de ello, se encuentran excluidos de la punibilidad el error y la ignorancia de hecho y de derecho y el fanatismo del juez. Para

ello están los remedios que la ley procesal crea para evitar la decisión injusta. La reiterada ignorancia (en el sentido de visión sectaria del Derecho o desconocimiento) podrá poner en movimiento otro remedio, ya sea juicio político o enjuiciamiento para remover al juez, aunque no se sospeche su incorrección moral; también es posible que pueda reprochársele otros ilícitos (Alfaro, p. 257).

Ahora, si la resolución contradice la ley se debe investigar cuál ha sido el origen de la contradicción, si el error, la ignorancia o la voluntad del juez de contrariarla a sabiendas, única situación, ésta última, en que cometería el ilícito en cuestión. En ese caso, al menos, para el ordenamiento penal español podría presentarse una prevaricación imprudente (Alfaro, p. 257).

Conforme se ha señalado, también en el Perú, únicamente cuando se contradice la ley a sabiendas, es que se considera la conducta del juez o fiscal como delito de prevaricato, reduciendo completamente el margen de punibilidad y generando la mínima cantidad de casos que lleguen a cumplir sentencia condenatoria por delito de Prevaricato, puesto que en el Perú no es posible considerar la imprudencia como elemento subjetivo del tipo.

B) 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 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 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.

La segunda forma es el prevaricato de hecho, que consiste en fundar la resolución en hechos o resoluciones falsas. Más la esencia de la criminalidad del ilícito es de carácter subjetivo; el aspecto objetivo es, simplemente, presupuesto para que el delito se haga posible (Alfaro: 2005, p. 258). Conforme precisa el autor en éste caso, en todas las conductas típicas descritas en el código penal como delito de prevaricato, el aspecto subjetivo es lo que termina por definir el delito, es decir, no basta con que el sujeto activo cometa la conducta, tiene que hacerlo de manera intencional; no obstante, pese a que sea intencional o no, la lesión al bien jurídico protegido se produce con la sola comisión de la conducta, siendo la intención del autor, el quebrantamiento a su deber especial, por lo que entra en cuestión si lo que se protege es la correcta administración de justicia o el cumplimiento del deber de todo magistrado.

Así, la resolución prevaricadora debe estar fundada en hechos o resoluciones falsas que sean invocados como argumentos decisivos de la solución que el órgano jurisdiccional otorgue a la cuestión sometida a juzgamiento (Alfaro: 2005, p. 258). Es de advertir que la doctrina realiza una distinción que no realiza el tipo penal de prevaricato de hecho, que los hechos falsos deben sustenta los argumentos que determinan el sentido de la resolución, característica que no se encuentra contemplada en la descripción típica realizada por el legislador, exigencia que dificulta aún más la persecución de éste tipo penal.

La resolución cuestionada debe encontrarse fundada en hechos o resoluciones falsas. No es suficiente citar falsamente; sino que la cita se encuentre encaminada a fundar la resolución que se dicta (Alfaro: 2005, p. 258). Un aspecto no contemplado es la relevancia de la decisión tomada con la resolución, en países como España, sí se distingue entre sentencias

condenatorias, resoluciones emitidas en procesos penales, etc., ello debido a la mayor afectación a los derechos de los ciudadanos en los procesos penales y en las sentencias condenatorias; con todo ello, el Perú se encuentra aún bastante alejado de éste tipo de precisiones legales, ni jurisprudenciales que hayan desarrollada el tipo penal de prevaricato.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre el prevaricato de hecho señalando que: “Para determinar la comisión del delito de prevaricato (de hecho) imputado, se debe centrar en el aspecto de la falsedad (o no) de los hechos que fueron afirmados por el magistrado en su resolución, lo que no se encuentra debidamente desarrollado en la sentencia apelada [...]”⁹.

C) 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.

⁹ Fundamento Decimotercero de la Apelación N° 21-2015-Lambayeque, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Esta conducta presente un problema mayor si se analiza en un contexto nacional, donde existen poblados totalmente alejados de desarrollo tecnológico, donde se desarrolla poco a nada de actualización académica o legislativa; siendo así, es posible que un caso sea resuelto con una norma ya derogada, pero que no es conocida por el magistrado (juez o fiscal), en esos casos, también existe un quebrantamiento al deber de cuidado, puesto que por exigencia legal todo magistrado debe conocer el derecho y la norma a aplicar; no obstante, dicha exigencia legal no es suficiente para considerar la conducta como prevaricadora, nuevamente el aspecto determinante lo constituye la intención del magistrado en emitir la resolución citando una norma derogada, con lo que vuelve a reducirse el margen de punibilidad.

Nuestra figura es un delito doloso que exige conocer la contradicción existente entre lo que se invoca y la resolución, que el derecho citado es inaplicable, que el hecho o la resolución usados como antecedentes son falsos. También requiere de la voluntad de decidir en razón de esa contradicción (Alfaro: 2005, p. 259).

3.6- Tipicidad Subjetiva:

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.

El dolo del funcionario prevaricador, significa así aquel ámbito de situaciones en las que (el dolo) integra y dirige comportamientos insoportables para el sistema de mínimos requeridos para el adecuado desarrollo de la administración de justicia. De lo que se infiere que la adopción de decisiones basadas en burdos desconocimientos de la norma legal, errores groseros o violaciones al deber de cuidado en el debido celo de internalización de la normativa vigente, nos conducen a espacios de anomalías, cuya dilucidación jurídica (procesamiento y ámbito de decisiones) se hallan por fuera del Derecho Penal. Sería desatinado confundir lo disciplinario-administrativo con el injusto penal, pues ello borraría los límites que el principio de fragmentariedad y ultima ratio del Derecho Penal se han encargado de marcar desde los orígenes del Derecho Penal liberal (Rojas Vargas, 2012, pp. 407-408).

El dolo del juez o fiscal prevaricador supone, por parte del agente, no solo voluntad de querer cuestionar la norma legal sino conocimientos de que efectivamente se lo está vulnerando a través de la decisión que se adopta. Como sostiene Carlos Creus es necesario, para hablar de dolo prevaricador, que el funcionario conozca y crea que resuelve contra la ley que invoca [...]. Fiscal y juez que actúan con dolo en la acción prevaricadora, son así funcionarios que se han apartado del ordenamiento jurídico, dado que dicho injusto penal es de alta significatividad y lesividad funcional (Rojas Vargas, 2012, p. 408).

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 (Arbulú, p. 538).

En cambio, en la legislación española existe, además de la figura dolosa, la prevaricación judicial imprudente, y tan solo fue destipificada la imprudencia respecto del funcionario público no judicial. Ello, toda vez que, para el legislador de 1995, el juez es quien mejor debe conocer el Derecho, y por ese motivo se le puede exigir más que al funcionario público (Alfaro: 2005, p. 260).

Pero, la tendencia a no punibilizar la conducta imprudente de los jueces, es toda una tendencia adoptada en otros países, donde solamente se considera las conductas dolosas para considerar prevaricato. Lo indicado radica en la idea de despenalizar la modalidad imprudente, camino adoptado, entre otros sistemas, por el alemán, en el que sólo se castigan las conductas dolosas y el resto pertenece al Derecho Administrativo disciplinario (Alfaro: 2005, p. 260). Tal cual sucede en el Perú, donde la emisión de una resolución contraria al texto expreso y claro de la ley, es principalmente sancionada en el ámbito administrativo, al no poder demostrarse el dolo del sujeto activo.

Así, “[...] se define subjetivamente al prevaricato como la discordancia entre el derecho declarado y el conocido. De ese modo, 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. En consecuencia, puede sostenerse que si el prevaricato es una falsedad, como todas ellas, requiere del conocimiento de la falsía, de la invocación de algo inexistente o diferente de cómo se lo cita” (Alfaro: 2005, p. 261).

Igualmente, pensar en un prevaricato culposo o puramente formal se aparta de todos los precedentes, aun de los más remotos. Entonces sólo es sancionable la modalidad de prevaricación activa dolosa. El sujeto tiene que

poseer conocimiento y voluntad de resolver contra aquello que dispone la ley invocada como fundamento de su fallo, o que los hechos o las resoluciones en los 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, pudiera tener. Como se viene analizando, en la figura prevista por nuestro ordenamiento jurídico el dolo es directo y por tanto, entonces, la existencia de culpa o de error excluye el prevaricato. La exigencia precedentemente expuesta conduce a los autores españoles y alemanes a considerar insuficiente la presencia del dolo eventual (Alfaro: 2005, p. 261-262).

3.7- El perjuicio como condición objetiva de punibilidad o como consumación:

Escribe Alfaro, en relación al posible perjuicio que se cause con el delito de prevaricato: “Tampoco es requerido por el tipo que la resolución implique provecho o perjuicio para alguna de las partes en el juicio; por ende, se trata de un delito de mera actividad. En la idea de que ese tipo de delitos no se caracteriza porque producen un resultado –pues todos los delitos tienen un resultado y si no lo tuvieran no perjudicarían a nadie y entonces el Derecho Penal no tendría ninguna legitimización para intervenir- sino, únicamente, porque el resultado se produce simultáneamente con la actividad” (Alfaro: 2005, p. 262-263).

Se trata de un delito instantáneo, formal. El tipo no contiene otra exigencia que la existencia de la resolución, que no requiere, como ya fue expresado, ejecutoriedad ni comienzo de ejecución. Por lo tanto, la consumación es ajena a que el auto decisorio produzca algún resultado, sea en perjuicio o en beneficio (Alfaro: 2005, p. 263).

Si bien, la descripción típica del delito de Prevaricato no contempla el perjuicio como condición para la configuración de ese delito, algunos autores consideran la necesidad que considerar el perjuicio causado como requisito para establecer una sanción penal.

Así, el profesor Arbulú Martínez (2011) señala que “Consideramos que sí, el perjuicio debe ser un requisito para que se pueda establecer la sanción o no del prevaricato, que debe reparar en 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 sancionabilidad del hecho (Arbulú, p. 544)”.

La finalidad del uso de las condiciones objetivas tiene que ver con razones de política criminal. El comportamiento del autor puede ser merecedor de pena, pero solo cuando se añade la materialización del resultado está también necesitado de castigo; de ahí que se distinga – como señala Jakobs – entre el merecimiento de pena y su necesidad político criminal (Arbulú Martínez, pág. 544).

Esta consideración, responde a la dificultad de probar la afectación al bien jurídico correcta administración de justicia, pues se trata de una ficción jurídica que no considera a los directamente afectados en cada caso, es decir, a las partes que actúan dentro de un litigio determinado y que ven perjudicado su derecho concreto de acceder a una justicia eficaz, correcta y transparente.

Junto a las referencias a la administración de justicia, también se defiende en la doctrina la protección de otros derechos subjetivos por el delito de prevaricación, en concreto de los derechos de los particulares partes en el

proceso en el que se dicta la resolución injusta. Más recientemente también se han planteado la posibilidad de considerar que el bien jurídico tiene que ver con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La viabilidad de tales planteamientos, en cuanto a su correspondencia con la regulación típica del delito de prevaricación judicial debe ser examinada. (Ramos: 2000, p. 128).

3.8- Formas agravadas:

Si bien en el Código Penal peruano no se mencionan agravantes para el delito de Prevaricato, resulta interesante analizar las figuras agravadas presentes en otras legislaciones como la argentina o la española, donde existen situaciones que reciben un tratamiento distinto, agravando las penas, cuando se cause un perjuicio más grave.

El artículo 269 del ordenamiento penal argentino contiene un supuesto agravado que se produce cuando la resolución se trata de una sentencia condenatoria en causa criminal (Alfaro: 2005, p. 264).

Conforme podemos advertir, para el legislador argentino, de todas las resoluciones posibles de emitir por un juez contrariando la ley, son las sentencias que condenan a una persona en procesos penales, aquellas que generan un mayor reproche social, y esto es debido a que, al condenar a una persona en un proceso penal, se le priva de su libertad, uno de los derechos más preciados del ser humano, por ello es que la privación de éste derecho, contrario a las leyes, es considerado de mayor gravedad.

El delito de prevaricato, como pluriofensivo que es en esta agravante, tiene pena mayor cuando pone en peligro a otro bien jurídico protegido por la ley penal, la libertad, a semejanza del ilícito contenido en el artículo 270 del Código Penal (Alfaro: 2005, p. 265).

Teniendo en cuenta esta consideración, podría considerarse otro tipo de resoluciones que priva de la libertad a una persona, como las que dictan prisiones preventivas o detenciones preliminares; pero ninguna de éstas, es considerada de manera especial por la legislación peruana. No obstante ello, cabe preguntare si detrás de dicha agravante se protege la administración de justicia o la libertad individual de una persona.

Esta figura penal pon en peligro la libertad de un individuo, por un lado, o lo priva de ella y, por otro, atenta contra la debida administración de justicia. En virtud de la ubicación del tipo cabe sostener que, en primer lugar, tutela la rectitud de dicha administración y, en forma refleja, lo hace con el interés privado. Protege dos bienes jurídicos (Alfaro: 2005, p. 266).

Es preciso aclarar que la regulación de esta figura legal sirve para evitar el abuso de los jueces en la aplicación del encarcelamiento preventivo.// El precepto reprime decretar la prisión preventiva cuando resulte improcedente conforme a la legislación penal y procesal, es decir que bastaría el dictado del auto. La doctrina nacional mayoritaria exige que exista efectiva privación de libertad, y olvida que éste es un delito contra la administración de justicia y no contra la libertad (Alfaro: 2005, p. 268).

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO PARA JUECES Y FISCALES

4.1- Sobre la Potestad Sancionadora

Las personas que laboran dentro de la administración pública tienen derechos y deberes que cumplir. El incumplimiento o la transgresión de estos últimos puede generar la desarticulación o fractura de una buena relación laboral y hacer posible la generación de malestar dentro de los integrantes de la entidad. Todo acto de indisciplina repercute negativamente contra el denominado orden institucional, deteriora las relaciones de jerarquía funcional y resquebraja la imagen institucional frente a la sociedad. Por eso es necesario para el buen desenvolvimiento de los organismos del Estado que estos se doten de normas que regulen la conducta laboral y sancionen los actos irregulares, previo proceso administrativo en el que el presunto indisciplinado tenga la oportunidad de formular todos los descargos que considere necesarios en uso de su derecho de defensa y tenga la oportunidad de ser escuchado debidamente (Mory: 2013, p. 104-105).

El Tribunal Constitucional ha expresado con toda razón –en varias de sus sentencias- que el poder disciplinario es el medio con que cuenta la administración para obligar a sus agentes el cumplimiento de los deberes específicos del servicio; sin embargo, debe tenerse en cuenta que las sanciones

de mayor gravedad resultan aplicables sobre la base del debido proceso, cuyos elementos son –entre otros- el derecho de defensa, la instancia plural, la motivación resolutoria (Mory: 2013, p. 105).

A diferencia de las demás actividades de la Administración, la actividad sancionadora tiene un objetivo único: Ejercer la pretensión sancionadora del poder público administrativo, mediante un procedimiento especial, donde el administrado tenga las suficientes garantías para el ejercicio de su defensa. Aquí, la Administración no busca el esclarecimiento de los hechos, la indagación de lo acontecido, o despejar una incertidumbre o duda. Parte de una imputación o cargo directo, y su procesamiento busca obtener certidumbre jurídica y real, a partir de la convicción a que ha llegado a obtener luego de una actividad común de comprobación o inspección (Morón Urbina, 2015, p. 743).

El régimen uniforme dado a la potestad sancionadora implica la disciplina común para toda acción del Estado dirigido a aplicar una sanción administrativa, entendida como un mal infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por haber incurrido en una conducta constitutiva de infracción administrativa previamente calificada así por la norma.

De este modo, se entiende que la sanción administrativa:

- a. Es un acto de gravamen. Determina un menoscabo o privación, total o parcial, temporal o definitiva, de derechos o intereses, tales como: la suspensión, clausura o interdicción de ejercer determinadas actividades, el comiso de bienes, la caducidad de derechos, la amonestación o apercibimiento, la multa, entre otras.
- b. Es un acto reaccional frente a una conducta ilícita. Su finalidad es una consecuencia de la conducta sancionable, eminentemente con carácter represivo y disuasivo.

Es un acto con finalidad solo represiva, por lo que su existencia misma no guarda relación con el volumen o magnitud del daño (Morón, p. 747).

4.2- Responsabilidad disciplinaria

Hemos afirmado que los servidores públicos tienen deberes que cumplir dentro de la entidad que laboran y derechos que hacer respetar frente a cualquier acto u omisión, de parte del Estado, que constituya una agresión o amenaza de agresión. Los actos laborales que benefician a la entidad merecen ser estimulados y premiados. En contrapartida, los que perjudican a la institución merecen ser sancionados. Según sea la naturaleza del comportamiento humano, y las consecuencias que éste produzca, podremos decir que nos encontramos frente a hechos que generan responsabilidad administrativa, civil o penal (Mory: 2013, p. 107).

El Tribunal Constitucional ha afirmado que “...debe tenerse en cuenta que lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal al que pudiera ser sometido un efectivo policial por habersele imputado la comisión de un hecho penalmente punible; ello debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen (...); el Tribunal asume (...) que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal¹⁰” (Mory: 2013, p. 108).

La responsabilidad disciplinaria es exigible al juez como consecuencia del incumplimiento de los deberes y obligaciones que, como miembro de una

¹⁰ Citando el fundamento 5 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0769-2004-AA/TC.

organización, le vienen impuestos por la ley. En ningún caso la potestad disciplinaria sobre Jueces y Magistrados permite el control del ejercicio de la potestad jurisdiccional ni puede suponer un menoscabo de la independencia y sometimiento único a la ley en el ejercicio de esa potestad. El hecho de que el Juez sea en nuestro sistema un funcionario no puede hipervalorarse por encima de su dimensión constitucional de titular del poder judicial y permitir una entrada de lo disciplinario en el momento jurisdiccional, que “debe estar a salvo de invasiones o interferencias de otras sedes orgánicas en clave de censura o control”. Existe una zona del quehacer del Juez que debe ser inmune a la actividad inspectora disciplinaria, lo que no quiere decir ajena a todo tipo de exigencia de responsabilidad, y esa zona comprende, como señala MOVILLA ÁLVAREZ, el modo como el Juez adquiere sus datos, forma su convicción, elige la norma aplicable y motiva sus decisiones (Ramos: 2000, p. 61-62).

Puede decirse, en general, que la responsabilidad disciplinaria abarca la sanción de las conductas que tienen que ver con la corrección y la eficiencia exigibles en la administración de justicia, tanto como organización como en cuanto servicio público al ciudadano. Sin embargo, algunas de las infracciones pueden caer también en la órbita del Derecho Penal, dando lugar a la superposición de faltas disciplinarias y delitos y al espinoso problema de la compatibilidad con el principio del non bis in ídem” (Ramos: 2000, p. 63).

Señala Movilla citado por Ramos (2000): “[...] es cierto que el juez puede equivocarse, que puede vulnerar el Derecho material o procesal en su concreto quehacer, tanto en forma intencional como culposa; pero el remedio a esa patología no puede venir por la línea disciplinaria, sino a través de los remedios procesales o de la exigencia, hasta el momento bien parca por sus insalvables dificultades, de otra forma de responsabilidad”. Esta exención de lo jurisdiccional a la corrección disciplinaria diferencia radicalmente la responsabilidad del Juez de la de cualquier funcionario público, cuya actividad

sí puede ser íntegramente controlada por sus superiores jerárquicos, de forma que, o bien se superponen responsabilidad disciplinaria y penal, como ocurre en la mayoría de los delitos de funcionarios públicos, o el legislador puede dejar solo a la responsabilidad disciplinaria infracciones que se consideren poco graves de los deberes funcionariales, como ha hecho el nuevo CP con la prevaricación imprudente de funcionario público. En el control de la actividad de los Jueces y Magistrados, sin embargo, como hemos visto, no existe esa opción para el legislador de relegar a la responsabilidad disciplinaria el incorrecto ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto. De ahí la importancia que adquieren los mecanismos de responsabilidad penal y civil” (Ramos: 2000, p. 64-65).

4.3- Concepto de Infracción administrativa

Las infracciones administrativas o faltas son aquellas conductas contrarias a los deberes funcionales que tiene un funcionario y que vulneran el adecuado desenvolvimiento de una determinada entidad del Estado, las cuales previamente se encuentran establecidas en una norma específica que las señala como tal.

El Decreto Supremo N° 005-90-PCM, nos informa que la falta administrativa es toda acción u omisión voluntaria o no, que contravenga las obligaciones, prohibiciones y demás normatividad específica sobre los deberes de servidores establecidos por la Ley y su Reglamento (art. 150°). El D. Leg. N° 276 ha determinado que los grados de sanción corresponden a la magnitud de las faltas, según su menor o mayor gravedad y que su aplicación no será necesariamente correlativa ni automática, debiendo contemplarse en cada caso, no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor, constituyendo la reincidencia serio agravante (art. 27°) (Mory: 2013, p. 277).

La sanción constituye una respuesta coercitiva de la administración pública ante la presencia de una acción u omisión causada por el servidor y que – esa conducta – está tipificada como falta disciplinaria. Desde el punto de vista jurídico no puede producirse una sanción si previamente no se ha constatado la existencia de una falta disciplinaria; la sanción y la falta forman una unidad indelible dentro del ordenamiento laboral. A lo expuesto debemos agregar que ninguna autoridad puede considerar como falta disciplinaria el acto u omisión de un servidor que no esté previamente señalado como tal en una norma legal. Este razonamiento encuentra amparo jurídico en el artículo 2º, inciso 24), literal a) de la Constitución Política, que ha establecido que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, por tanto, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (Mory: 2013, p. 277).

El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador tienen en común una herencia de carácter constitucional, pero que ambos han encaminado de distinta manera debido a la diferencia existente entre ambos, así pues la Administración se encarga de gestionar intereses públicos, siendo que su finalidad y marco normativo ha sido dado por el legislativo, pero colabora reglamentariamente con las leyes, por lo que esta colaboración forma parte también de su gestión, cosa que no se da en el Derecho penal ya que los jueces penales no pueden intervenir en las normas que se manejan.

Asimismo, la infracción administrativa se origina cuando el ciudadano no ha cumplido con el mandato o la prohibición, en cambio el delito se da cuando se realiza el tipo normativo. De ello deriva que el Derecho penal es un Derecho represor, utilizando como medio la pena, en cambio en el Derecho administrativo sancionador su finalidad principal es la prevención de las infracciones (Nieto García, 2007, pp. 7-13).

4.4- Infracciones Administrativas aplicables a Jueces y Fiscales

Las infracciones administrativas en las que pueden incurrir los magistrados (jueces y fiscales) se encuentran tipificadas en cada una de sus Leyes especiales de Carrera.

Así, los Jueces se rigen bajo la Ley de la Carrera Judicial, Ley N° 29277, la cual establece las faltas en los artículos 46, 47 y 48, de la siguiente manera: el artículo 46 tipifica las Faltas leves, estableciendo un total de once faltas entre las cuales se encuentran: 1) el incurrir en tardanza injustificada al despacho judicial hasta por dos (2) veces; 2) el proveer escritos o resoluciones fuera de los plazos legales injustificadamente; 3) el emitir los informes administrativos solicitados fuera de los plazos fijados injustificadamente; 4) el no ejercitar control permanente sobre los auxiliares y subalternos o no imponerles las sanciones pertinentes cuando el caso lo justifique; 5) el abusar de las facultades que la ley otorga respecto a sus subalternos o sobre las personas que intervienen en cualquier forma en un proceso; 6) el Incurrir injustificadamente en retraso, omisión o descuido en la tramitación de procesos; 7) el faltar el respeto debido al público, compañeros y subalternos, funcionarios judiciales, representantes de órganos auxiliares de la justicia, miembros del Ministerio Público, de la defensa de oficio y abogados, en el desempeño del cargo; 8) el desacatar las disposiciones administrativas internas del órgano de gobierno judicial, siempre que no implique una falta de mayor gravedad; 9) el no llevar los cursos impartidos por la Academia de la Magistratura dentro del programa de capacitación regular; 10) el incurrir en negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo, establecidos en esta ley, cuando no constituyan falta grave o muy grave y 11) el ausentarse injustificadamente de sus labores por un (1) día.

Por su parte, las faltas graves están contempladas en el artículo 47° de la anotada Ley, detallando un total de 18 faltas, entre las que se encuentran: 1) el abandonar total o parcialmente las tareas propias del desempeño del cargo judicial; 2) el causar grave perjuicio al desarrollo de las incidencias y diligencias del proceso, frustrando o retrasando injustificadamente la realización de los actos procesales; 3) el ejercer injustificadamente labores relacionadas con su función fuera del despacho judicial; 4) el admitir o formular recomendaciones en procesos judiciales; 5) el no guardar la discreción debida en aquellos asuntos que, por su naturaleza o en virtud de leyes o reglamentos, requieran reserva; 6) el comentar a través de cualquier medio de comunicación aspectos procesales o de fondo de un proceso en curso; 7) el incurrir en conducta y trato manifiestamente discriminatorios en el ejercicio del cargo; 8) el desacatar las disposiciones contenidas en reglamentos, acuerdos y resoluciones que dicte la Corte Suprema de Justicia en materia jurisdiccional; 9) el ocultar a las partes documentos o información de naturaleza pública; 10) el asistir a sus labores en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes o sustancias psicotrópicas; 11) el delegar a los auxiliares jurisdiccionales la realización de diligencias que, por ley o por la naturaleza de las circunstancias, requieren de su presencia; 12) el no llevar injustificadamente los cursos que la Academia de la Magistratura imparte y que le hayan sido asignados como resultado de la evaluación parcial del desempeño del juez; 13) la tercera falta leve que se cometa durante los dos (2) años posteriores a la comisión de la primera; 14) Incumplir el deber de dedicarse exclusivamente a la labor jurisdiccional o dedicar más de las horas previstas a otras funciones permitidas por disposición constitucional, legal o autorizada por el órgano de gobierno competente; 15) el abusar de la condición de juez para obtener un trato favorable o injustificado; 16) el utilizar en resoluciones judiciales expresiones improcedentes o manifiestamente ofensivas desde el punto de vista del razonamiento jurídico; 17) el acumular indebida o inmotivadamente causas judiciales y 18) el adoptar

medidas disímiles, sin la debida motivación, respecto de partes procesales que se encuentran en la misma situación o condición jurídica.

Finalmente, las faltas muy graves, las tipificaron en el artículo 48° de la Ley de la carrera judicial, estableciéndose 14 infracciones, las mismas que se describen a continuación: 1) Desempeñar simultáneamente a la función jurisdiccional empleos o cargos públicos remunerados o prestar cualquier clase de servicios profesionales remunerados, salvo lo previsto en la Constitución para la docencia universitaria; 2) Ejercer la defensa o asesoría legal, pública o privada, salvo en los casos exceptuados por ley; 3) Actuar en un proceso o procedimiento a sabiendas de estar legalmente impedido de hacerlo; 4) Interferir en el ejercicio de funciones de los otros órganos del Estado, sus agentes o representantes, o permitir la interferencia de cualquier organismo, institución o persona que atente contra el órgano judicial o la función jurisdiccional; 5) Ocultar alguna prohibición que le sea imputable para el ejercicio de la función o abstenerse de informar una causal sobrevenida; 6) No justificar documentalmente, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, los signos exteriores de riqueza que evidencien, previo requerimiento del órgano de control. Los signos exteriores de riqueza se aprecian con relación a la declaración jurada de bienes y rentas efectuada anualmente; 7) Interferir en el criterio de los jueces de grado inferior por razón de competencia en la interpretación o aplicación de la ley, salvo cuando se halle en conocimiento de la causa a través de los recursos legalmente establecidos; 8) Cometer actos de acoso sexual debidamente comprobados; 9) Establecer relaciones extraprocesales con las partes o terceros, que afecten su imparcialidad e independencia, o la de otros, en el desempeño de la función jurisdiccional; 10) La tercera falta grave que se cometa durante los dos (2) años posteriores a la comisión de la primera; 11) La afiliación a partidos, grupos políticos, grupos de presión; o el desarrollo de actos propios de estos grupos o en interés de aquellos en el ejercicio de la función jurisdiccional; 12) Incurrir en acto u omisión que sin ser delito, vulnere gravemente los deberes del cargo

previstos en la ley; 13) No motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales y finalmente 14) Incumplir, injustificada o inmotivadamente, los plazos legalmente establecidos para dictar resolución.

De la enumeración de todas las infracciones administrativas aplicables a jueces y fiscales, se advierten varias de ellas que guardan estrecha relación con la conducta descrita en el artículo 418° del Código Penal, que tipifica el prevaricato; generando que al momento de calificar una denuncia por éste delito, la misma es desestimada reduciendo la conducta a una mera infracción administrativa, generando que el delito pueda caer en desuso.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

5.1- Delito de Prevaricato en España

De los países de Europa, se escogió España para analizar de manera comparada, cómo se regula el delito de Prevaricato o de “prevaricación judicial”, como se conoce en ésta parte del mundo. Como una primera anotación, es de señalar que España tampoco considera la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso para la configuración del delito de prevaricato, sino el atentado que comete el autor contra el impero de la ley, es decir, la vulneración del Estado de derecho; específicamente, el quebrantamiento de la función judicial de emitir sus decisiones aplicando únicamente el derecho.

Por ello, en la Ley Orgánica 10/1995, de fecha 23 de noviembre de 1995, que aprueba el Código Penal español, sitúa el delito de prevaricación en dos títulos distintos; por una parte prescribe la prevaricación de los funcionarios públicos en general, dentro de los Delitos contra la Administración pública, estableciendo un capítulo especial al que denomina “De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”; describiendo el delito de prevaricato en el artículo 404° de la siguiente manera:

*“A la **autoridad o funcionario público** que, a sabiendas de su **injusticia**, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”.*

Como vemos, este artículo que regula el delito de prevaricación cometida por funcionarios públicos en España contiene una descripción más genérica cuando se refiere al sujeto activo del delito, estableciendo denominaciones más genéricas que el “juez o fiscal” con el que se describe en el Derecho Peruano. Así, el agente puede ser cualquier “autoridad” o “funcionario público”, denominaciones con las que se amplía el espectro de personas que pueden cometer este delito, sea una autoridad o funcionario judicial, pero también pudiendo ser una autoridad administrativa que resuelve una controversia en su campo de acción mediante alguna resolución.

La mayor amplitud de la tipificación del sujeto activo, queda de manifiesto con el concepto de autoridad plasmado en el artículo 24.1 del mismo Código Penal Español, donde se advierte que se encuentra comprendido los funcionarios del Ministerio Fiscal, que vendrían a ser los Fiscales en el Perú:

*“A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los **funcionarios del Ministerio Fiscal.**”*

La conducta típica está definida por el verbo rector “dictare”, por lo que solamente se requiere que la autoridad o funcionario dicte una sentencia, resolución judicial o resoluciones del asunto administrativo, que puedan ser consideradas como un grave alejamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes.

El carácter doloso de este delito está definido por la expresión “a sabiendas”, por ello para que el funcionario cometa prevaricato, debe dictar la resolución arbitraria siendo consciente de que actúe de forma contraria al ordenamiento jurídico. Esta consideración del carácter eminentemente doloso del prevaricato, guarda estrecha semejanza con la descripción típica con la que inicialmente se describía el prevaricato en el Perú, la cual fue excluida del tipo penal por considerarla redundante.

Es importante precisar que la estimación del delito de prevaricato en España sufrió una modificación en cuanto al endurecimiento de la pena, así con la Ley 1/2015 del 30 de marzo de 2015, la pena se eleva de 7 a 10 años que era el margen con el que inicialmente fue considerada, paso a un rango de 9 años como mínimo a 15 años como extremo máximo, de lo que puede entenderse que con el pasar de los años, este tipo de delitos obtuvo un mayor reproche social.

En el primero tipo penal descrito en el artículo 404º, donde se incluye a los Fiscales, es que radica la diferencia central con la tipificación realizada en el Perú; debido que en nuestro país un mismo tipo penal describe la conducta del Prevaricato, considerando tanto a jueces como a fiscales como sujetos activos; empero en España, la Prevaricación Judicial se encuentra regulada en artículo distinto al aplicable a Fiscales. Así el título XX de los delitos contra la Administración de Justicia, contiene en su primer capítulo los delitos de prevaricación cometido por jueces.

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

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

impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

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

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

Como vemos en este primer tipo de prevaricación judicial, se hace mención también a la conducta descrita en el artículo 404°, es decir el “dictar una resolución injusta”, agregando la denominación de un tipo especial de resolución que es solamente emitida por un juez: la “sentencia”. Así la principal diferencia entre ambos tipos penales (404° y 446°) está en el sujeto activo del delito, que para el caso del 446° es el “juez o magistrado”, haciendo una distinción en la conducta típica en cuanto a si la sentencia injusta es dictada en un proceso penal, o en cualquier otro proceso, agravando la pena si se tratan de sentencias en procesos penales, distinguiendo además en cuanto a sentencias emitidas en procesos penales, si éstas se ejecutan o no se ejecutan, agravando la pena en caso que la sentencia haya llegado a ejecutarse.

La prevaricación judicial, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga solamente al Juez, con evidente quebrantamiento de sus deberes; es decir, la no aplicación de la ley o la aplicación indebida por decisión personal del Juez o Magistrado.

Pese a la precisión y minuciosa distinción en la conducta típica descrita en el 446°, la pena es reducida, con un rango de 1 a 4 años solamente.

Otra de las más notorias diferencias entre la regulación española y la peruana en cuanto al delito de Prevaricato, es que en España sí se admite el prevaricato imprudente, a

diferencia de la exigencia dolosa para el caso peruano. Así, en el artículo 407° se establece como delito:

*Artículo 447: El Juez o Magistrado que **por imprudencia grave o ignorancia inexcusable** dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.*

No obstante, en este caso la pena será de inhabilitación especial por un periodo de tiempo. Para el caso peruano, la imprudencia por muy grave que resulte únicamente da lugar a una sanción de naturaleza administrativa.

Un aspecto importante a resaltar en la regulación española, es la ambigüedad del término “injusta” (art. 446) o “injusticia” (art. 404) característica que debe tener la resolución que dicta el juez o fiscal prevaricador, la misma que ha sido desarrollada en su jurisprudencia para delimitar mejor su significado. Así en la Sentencia N° 992/2013 de 20 de diciembre de 2013, emitida por la Segunda Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, se señala *“En delito de prevaricación judicial, tanto en su modalidad dolosa como imprudente, precisa de un elemento objetivo: la injusticia de la resolución, cuya determinación, no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En palabras de la sentencia ya citada¹¹, el carácter objetivo de la injusticia supone que el “...apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho...”, concluyendo que “En consecuencia, por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente*

¹¹ Hace referencia a la Sentencia 2/99 de 15 de octubre de 1999.

defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad”.

En esta misma sentencia, la Sala precisa el contenido esencial del reproche penal de la conducta prevaricadora del juez, señalando *“En la conocida Sentencia de esta Sala, STS 79/2012, de 9 de febrero , hemos expuesto y reiterado nuestra interpretación del delito de la prevaricación con detallada exposición de los supuestos en los que ha sido subsumida la tipicidad de la prevaricación, destacando **cómo la esencia de la misma no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional**, el abuso de la función, en definitiva, la infracción del deber. Así destaca como en la STS. 102/2009 de 3.2, se decía "La teoría objetiva... es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento”*, criterio de sumo interés, si se vislumbra desde el punto de vista de la regulación peruana, donde el mismo tipo penal establece que la conducta se configura cuando se emite una resolución *“contraria al texto expreso y claro de la ley”*, priorizando el carácter legalista del tipo penal, soslayando la esencia de éste delito según el criterio español, es decir *“la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional”*.

El artículo 448° del Código Penal Español, es otro delito interesante a resaltar, por cuanto prescribe como prevaricación la negativa a juzgar, estableciendo una omisión como delito de prevaricación, conducta que en la legislación peruana es considerada solamente como inconducta funcional, o en un caso de mayor gravedad como delito de omisión de funciones en general, que puede cometer cualquier funcionario público.

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

La diferencia de ésta descripción con la del delito de omisión de funciones en el Perú¹², es la precisión de la conducta omisiva del juez: juzgar; así como el descarte de las posibles causas que justifican dicha omisión: oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

La jurisprudencia española, precisa la configuración de éste delito, como en la Sentencia STS 62/2015, 17 de Febrero de 2015, emitida por la Segunda Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español que señala “*En cuanto a la significación de la prevaricación judicial especial del art. 448 CP, pueden distinguirse dos clases: la negativa a juzgar sin alegar causa legal y la misma negativa pero motivada por la invocación o pretexto de oscuridad, insuficiente o silencio de la Ley. La conducta típica consiste en "negarse a juzgar", es decir, en cualquier conducta en que se manifieste la voluntad, que ha de ser clara, de no querer ejercer la función jurisdiccional, y esa voluntad ha de ser dolosa o intencional, al no preverse una incriminación imprudente a diferencia de otras prevaricaciones*”. Precisa también el contenido esencial del bien jurídico protegido con este delito, pues si en genérico es la correcta administración de justicia, en específico sería el acceso a la tutela judicial efectiva, así se refiere en esta misma sentencia, “*Lo que se lesiona en esta prevaricación es el derecho a la tutela judicial efectiva que se ve menoscabado cuando quien se dirige a los órganos jurisdiccionales no se atendía su pretensión de que se pronuncien sobre la misma. En este sentido es evidentemente un delito contra la Administración de Justicia*”; detalla

¹² **Artículo 377. Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales:** El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa. /Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

además la conducta típica, que si bien de manera general el tipo hace referencia a “negarse a juzgar”, esta sentencia precisa las modalidades de esta negativa “*La conducta castigada consiste en negarse a juzgar o lo que es lo mismo, rechazar el ejercicio de la actividad jurisdiccional que les viene reconocida a Jueces y Magistrados en los asuntos de su competencia, al que ellos están obligados y al que los ciudadanos tienen derecho. La negativa puede traducirse en rehusar infundadamente la realización de cualquier acto en derecho proceda (no asumir la competencia, no aceptar el ejercicio de acciones, no dictar sentencia, etc...) cualquiera que sea el procedimiento de que se trate (penal, civil, contencioso-administrativo, laboral, constitucional)*”.

Uno de los aspectos más interesantes de ésta sentencia, es la distinción que realiza con el delito previsto en el artículo 449º del mismo Código Penal, precisa que “*Un sector doctrinal, con el fin de marcar claramente las diferencias con el retardo malicioso en la Administración de Justicia del art. 449, que tiene señalada la misma pena -ha considerado conveniente exigir un acto concreto en el que conste la negativa, considerando este delito no como un delito de naturaleza omisiva, sino que para su perfección típica exige un acto judicial positivo por el cual el Juez se niegue a resolver las cuestiones sujetas a su decisión, es decir, se configura el tipo como un delito de acción, pues el titular del organismo jurisdiccional debe negarse a juzgar o resolver. No obstante esta doctrina que venía exigiendo una negativa expresa a juzgar aunque ésta no se manifieste formalmente en una resolución considerándose que los demás supuestos podían reconducirse al delito de retardo malicioso en la Administración de Justicia, ha sido cuestionada por otro sector doctrinal con argumentos que deben ser asumidos. En efecto la supresión del antiguo art. 759 LECrim, la nueva redacción del precepto, la introducción en el delito de una finalidad ilegítima y que, en todo caso, si se produjese un acto positivo denegatorio que resultare contrario al derecho (“injusto”) daría lugar al delito de prevaricación judicial, arts. 446 ó 447, hacen necesario replantear la cuestión y considerar que se cubren las exigencias típicas también cuando la negativa se manifiesta a través por haberlo decidido así, aunque la*

decisión no se exteriorice más que a través de una omisión con vocación de perpetuidad o permanencia, al no resolver por haberlo decidido así, aunque la decisión no se exteriorice más que de la inactividad, es negarse a juzgar. Será una cuestión de prueba constatar cuando la omisión responda a esa decisión interna”.

Ante la posible confusión en determinar si la conducta omisiva del juez constituye una negativa a juzgar o un retardo injustificado en administrar justicia, concluye la sentencia que *“En definitiva, el tipo penal exige como presupuesto previo: la **existencia de un espacio temporal relevante** durante el cual la autoridad judicial haya mantenido una actitud pasiva u omisión en relación a la respuesta esperada y exigible a los órganos judiciales, no solo en virtud de la necesaria tutela judicial sino porque es una obligación inherente -los que ostentan una potestad jurisdiccional”*, con lo que establece la necesidad de un periodo de tiempo relevante durante el cual el juez omita cumplir con su función de juzgar.

Finalmente, y como correlato a la distinción planteada en la sentencia, es preciso citar el último tipo penal que el código español regula como prevaricación, esto es cuando lo que se cuestiona es el retardo malicioso en la administración de justicia:

*Artículo 449: 1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de **retardo malicioso en la Administración de Justicia**. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.// 2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior.*

Lo más interesante de éste artículo, además que nuevamente pone de manifiesto el mayor reproche social que considera España sobre el retardo en la Administración de Justicia como delito, frente a la consideración peruana que lo ha regulado solamente como infracción administrativa; es que en este tipo penal es el único en que se considera

como sujeto activo además del juez o magistrado al Secretario judicial, aspecto completamente distinto a cualquiera de los tipos penales establecidos en el Código Penal peruano, donde solo se considera como sujeto activo de los delitos de función al funcionario titular, más no a los servidores que se encuentran bajo su dirección.

5.2- Delito de Prevaricato en Argentina

La República de Argentina regula el delito de Prevaricato en el artículo 269° del Código Penal, clasificándolo dentro de los delitos contra la administración pública, cuyo texto legal es el siguiente:

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

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

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

Conforme se advierte de la descripción típica realizada en la legislación argentina, contempla como sujeto activo del delito únicamente al juez sin considerar al Fiscal, agregando en el tercer párrafo a los árbitros como agentes del delito.

Por otro parte, en cuanto a la conducta típica, regula de manera similar a la regulación peruana, el prevaricato de derecho, es decir el dictar una resolución contra la ley expresa, así como el prevaricato de hecho: el citar hechos o resoluciones falsas.

La principal diferencia con la regulación de éste delito en el Perú, se da en dos aspectos. Primero, en cuanto a la sanción a imponerse, pues establece únicamente como sanción al tipo genérico la multa e inhabilitación perpetua, agravando la sanción a pena privativa de libertad, cuando la resolución emitida sea una sentencia condenatoria en un proceso penal, en cuyo caso además de la inhabilitación absoluta perpetua, establece entre tres a quince años de reclusión, extremo máximo bastante más elevado que en el caso peruano.

Pero en Argentina, el Prevaricato no se regula únicamente en un artículo como en el caso peruano, pues se considera como prevaricato cuatro tipos penales que van del artículo 269 al artículo 272. Así en el artículo 270, se tipifica una conducta de prevaricato más específica, al considerar con mayor gravedad, cuando el juez prevaricador emite una resolución que dicta prisión preventiva:

*Artículo 270. - Será reprimido con multa de dos mil quinientos pesos a treinta mil pesos 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.*

Una característica que distingue sobremanera la legislación argentina en relación a la regulación del prevaricato y la diferencia de las demás legislaciones, especialmente de la peruana, está en la distinción que realiza del tipo de resoluciones que emite un juez; pues no es lo mismo que un juez emita una resolución en un caso de contenido patrimonial, que en una en la que dispone de la libertad de una persona, por tanto ésta última genera un mayor reproche social y por tanto mayor es la respuesta punitiva del Estado. Eso se evidencia, del contenido textual del artículo 270°, donde la pena se establece en privativa de libertad hasta un máximo de seis años.

Otra característica resaltante de la legislación argentina, es la mayor amplitud del sujeto activo en el delito de prevaricato, pues mientras en el Perú únicamente pueden cometer este delito los jueces y fiscales, Argentina ha incluido además a los abogados o mandatarios judiciales; estableciendo un artículo especialmente dedicado a éste tipo de sujeto activo señalando que cometen prevaricato cuando en un mismo juicio representen o defiendan a partes contrarias, aunque no lo realicen de manera simultánea, así señala que:

*Artículo 271. - Será reprimido con multa de dos mil quinientos pesos a treinta mil pesos e inhabilitación especial de uno a seis años, el **abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.***

Esta consideración resulta de total innovación frente a la legislación penal peruana, donde el ejercicio de la abogacía se realiza sin ningún tipo de control por parte del Estado, pero que tal como lo han advertido los legisladores argentinos, causan un grave perjuicio a los procesos que conocen, además que intervienen de manera trascendental en la administración de justicia; más aún si se considera que el actual proceso penal en el Perú, los jueces deciden luego de oír a las partes en el proceso, por un lado el Fiscal y por el otro el abogado defensor, estableciendo una paridad de armas entre ambos intervinientes, de donde resulta más razonable aún, que así como los jueces y los fiscales, los abogados deban ser comprendidos como sujetos activos del delito.

Pero no solamente se adiciona como sujeto activo a los abogados, sino que establece un artículo *numerus apertus*, incluyendo a fiscales, asesores y todo funcionario que se encargue de emitir un dictamen ante las autoridades.

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

5.3- Delito de Prevaricato en Chile

La legislación chilena regula diversos delitos en el ámbito del ejercicio del poder jurisdiccional, estableciendo diferentes tipos penales en relación a este ámbito. En éste conjunto de delitos que van del artículo 223 al 232, se regula el delito de prevaricación, previsto en el artículo 223 numeral 1), el cual condena a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la pena privativa de libertad a jueces y fiscales cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil, figura que guarda estrecha semejanza a la del prevaricato regulado en el Perú.

Artículo 223: Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados:

1° Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil.

2° Suprimido.

3° Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos.

Por otro lado, la legislación chilena se encuentra dentro de las que considera la posibilidad que el delito de prevaricación se pueda cometer por negligencia y no solamente a título de dolo, como se considera en la legislación peruana, estableciendo en un artículo especial esta figura; así el artículo 224 además de señalar la comisión del

prevaricato por ignorancia o negligencia, precisando que éstas deben ser inexcusables, también precisa que la figura negligente únicamente se puede ser cuando el fallo dictado sea una sentencia manifiestamente injusta en materia penal.

Artículo 224: Sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios:

*1° Cuando por **negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal.***

*2° Cuando a **sabiendas contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial.***

*3° Cuando **maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida.***

*4° Cuando **maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo.***

*5° Cuando **maliciosamente retuvieren en calidad de preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley.***

*6° Cuando **revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria.***

*7° Cuando **con manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil.***

Este artículo del Código Penal chileno, prescribe en siete numerales diferentes conductas a las que considera dentro de los supuestos de la prevaricación. Resulta interesante reconocer dentro de las conductas descritas en el artículo 224, aspectos que en el Perú se ha decidido considerarlos únicamente como infracciones administrativas; así desde la prevaricación por negligencia, la negativa o retardo en la administración de justicia, la omisión en decretar la prisión de una persona, cuando omiten poner en

libertad a una persona reclusa que por ley debe estar libre, cuando vulneren la reserva de un juicio, cuando asesoren a cualquiera de las partes en un proceso y cuando emitan fallos en procesos donde se encuentren implicados.

Todas estas conductas, salvo la de omisión o retardo en la administración de justicia, en el Perú constituyen inconductas funcionales, las cuales se reducen a ser sancionadas en la vía administrativa, de donde se advierte la mayor consideración de reproche penal que le han dado los legisladores chilenos a las conductas quebrantadoras del deber por parte de los encargados de administrar justicia.

Una precisión que tiene la legislación chilena es en cuanto al tipo de sentencia que emite el juez, pues las conductas antes descritas se refieren no a cualquier resolución como en el Perú, sino a las sentencias en procesos penales; pero también considera dentro del reproche penal a las sentencias emitidas en materia civil, a las que si bien las establece como delito, les prescribe una pena menor a los casos en que la sentencia injusta sea en materia penal.

Artículo 225: Incurrirán en las penas de suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales o solo en esta última, cuando por negligencia o ignorancia inexcusables:

1° Dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa civil.

2° Contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial.

3° Negaren o retardaren la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida.

4° Omitieren decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no llevaren a efecto la decretada, pudiendo hacerlo.

5° Retuvieren preso por más de cuarenta y ocho horas a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley.

Como se advierte de la lectura de este artículo, de manera similar al texto del artículo 224, se consideran conductas como el negarse o retardar en administrar justicia, la omisión en decretar prisión de alguna persona y el retener presa a una persona que deba ser puesta en libertad, la diferencia se encuentra en que en el artículo 224° requiere que esas conductas se realicen de manera “maliciosa”, resaltando más el carácter doloso de la conducta; mientras que en el artículo 225°, no agrega esta cualificación de la conducta, agregando un plazo de cuarenta y ocho horas en el caso de la retención de un detenido que deba ser puesto en libertad; en todos estos casos, se considera una pena menor.

La prevaricación en Chile no se considera solamente en procesos judiciales penales y/o civiles, pues los asuntos de índole administrativa también son considerados dentro de éste delito; así el artículo 228° regula lo concerniente a cualquier otro funcionario no judicial, que dicte una resolución en un acto contencioso-administrativo e incluso solamente administrativo, siempre que la resolución sea “manifiestamente injusta”, con el cual guarda estrecha semejanza a la legislación española, pero se aleja completamente de la peruana, donde las resoluciones emitidas en materia administrativa no entran dentro de la conducta típica del delito de prevaricato.

Artículo 228: El que, desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, dictare a sabiendas providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.

Si la resolución o providencia manifiestamente injusta la diere por negligencia o ignorancia inexcusables, las penas serán suspensión en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Cabe recalca que aún en asuntos de materia contencioso-administrativa o administrativa propiamente, también han considerado la posibilidad que el prevaricato se cometa por negligencia o ignorancia inexcusable; resultando interesante notar que la ambigüedad en torno al bien jurídico protegido, pues en el casos de resoluciones emitidas en negocios administrativos, no es la correcta administración de justicia la que se busca resguardar.

Siguiendo la línea de las legislaciones española y argentina, la legislación chilena también incluye como sujeto activo de éste delito al abogado o procurador que actuando un proceso, perjudique a su cliente e incluso cuando releve sus secretos; haciendo la precisión que la pena a imponer dependerá de la gravedad del perjuicio que cause, pudiendo ir desde la suspensión hasta la inhabilitación perpetua, además de una multa. Así señala el artículo 231°:

*Artículo 231: El **abogado o procurador** que con abuso malicioso de su oficio, **perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos**, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.*

También incluye como conducta reprochable penalmente, los casos en que los abogados ejerzan la defensa, de partes contrarias en un mismo proceso o negocio, como le denomina el Código Penal Chileno.

*Artículo 232: El **abogado** que, teniendo la defensa actual de un pleito, **patrocinare a la vez a la parte contraria en el mismo negocio**, sufrirá las penas de inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.*

Es importante precisar que el legislador chileno ha previsto regular la prevaricación en nueve artículos, del 223° al 232°, precisando conductas que en el Perú no tienen correlato alguno por cuanto no han sido considerados como delito; e incluyendo sujetos

activos tampoco son considerados en la regulación peruana: abogados, procuradores y cualquier otro funcionario que emita resolución injusta.

5.3- Delito de Prevaricato en Venezuela

La legislación venezolana resulta de valioso interés para realizar un análisis comparativo en cuanto a la regulación del delito de prevaricato; esto debido a los altos índices de convulsión social actual y la generalizada corrupción de la que dan cuenta instancias medios internacionales.

Así, el Código Penal de Venezuela en vigencia desde el 28 de marzo del 2000, regula el prevaricato dentro del título IV, denominado “De los delitos contra la administración de Justicia”, en cuyo capítulo V está dedicado a los delitos de Prevaricación, dentro del cual se regulan cuatro delitos del artículo 251° al artículo 254°.

Artículo 251.- El mandatario, abogado, procurador, consejero o director que perjudique por colusión, con la parte contraria o por otro medio fraudulento, la causa que se le haya confiado, o que en una misma causa sirva al propio tiempo a partes de interés opuestos, ser castigado con prisión de cuarenta y cinco días a quince meses y suspensión del ejercicio de su profesión por tiempo igual al de la condena. Cualquiera de los individuos arriba indicados, que después de haber defendido a una de las partes, sin el consentimiento de ella, tome a su cargo la defensa de la parte contraria, será castigado con prisión de uno a tres meses.

Conforme se advierte, el primer artículo se refiere a la actuación de quien ejerce la defensa de las partes, cuando perjudique el desarrollo de un proceso coludido con la parte contraria y usando para ello medios fraudulentos, o cuando asuma la defensa de

ambas partes de un proceso, aún después de haber dejado de defender a una de ellas. Tal tipificación no encuentra correlato alguno en la legislación nacional, conforme se ha señalado en figuras semejantes reguladas en otros países, pero que en el Perú no encuentran figura similar, por cuanto, en el ejercicio de la profesión, los abogados no están sujetos a control ni sanción en caso de graves perjuicios a las partes en los procesos que las patrocinan, salvo el control realizado por su Colegio de Abogados, una entidad de naturaleza privada, o por los propios jueces en cada juicio en particular. Y realizan un mayor reproche, cuando los abogados perjudican a las partes en un proceso penal, así lo precisa en el artículo 252°:

*Artículo 252.- Los mandatarios, apoderados o defensores especificados en el artículo precedente que, **en causa criminal** y fuera de los casos previstos en el mismo artículo, **perjudiquen maliciosamente al enjuiciado que defienden**, serán castigados con prisión de quince días a dieciocho meses y suspensión del ejercicio de su profesión por tiempo igual al de la condena. Si el defendido estaba **encausado por algún delito que merezca pena corporal de treinta meses o más**, la pena de prisión será por tiempo de dieciocho meses a dos años.*

El tipo penal, además agrava la pena cuando se trate de procesos en los que el perjudicado con el actuar prevaricador del abogado, se encuentre procesado por un delito sancionado con pena privativa de libertad de treinta meses o más.

Una característica que llama la atención, es que en ninguno de los cuatro tipos penales en que se prescribe la prevaricación, habla de los jueces, cuando el prevaricato es precisamente previsto para la conducta cometida por el juez; en total contradicción con el sistema normativo a nivel mundial, en Venezuela solamente se considera como sujetos activos del delito a los abogados, procuradores, mandatarios, consejeros, directores y como lo establece un artículo especial, los Fiscales o representantes del Ministerio Público.

Artículo 253.- Los Fiscales o Representantes del Ministerio Público que, por colusión con la parte contraria o por cualquier otro motivo fraudulento, pidan indebidamente la absolución o la condena del enjuiciado o el sobreseimiento de la causa, serán castigados con prisión de tres a dieciocho meses.

La conducta típica en el caso de los fiscales se configura cuando éstas ejerciendo su atribución de requerir la condena o absolución de un imputado, lo hagan de manera indebida, por alguna causa fraudulenta o en confabulación con la parte contraria. Resulta contradictorio que se reprima penalmente la conducta del Fiscal que quebranta su deber, más no la conducta del juez que finalmente es quien decide si absuelve o condena a un imputado.

Finalmente, el último artículo del capítulo sobre prevaricación del Código Penal Venezolano, se refiere más bien a un delito que en el Perú se considera como delito de tráfico de influencias, pues prescribe como delito la acción de los sujetos señalados en artículos anteriores, que reciban a su petición dinero u otro objeto de sus clientes con el fin de ser favorecido en el juicio.

Artículo 254.- Cualquiera de los individuos a que se refiere el artículo 252 que se haga entregar de su cliente dinero u otras cosas, a pretexto de procurar el favor de testigos, peritos, interpretes, Representantes del Ministerio Público, magistrados o conjueces que hubieren de decidir en la causa, será castigado con prisión de uno a tres años y suspensión del ejercicio de su profesión por tiempo igual al de la condena.

Cabe mencionar como reflexión que pese a la minuciosa regulación venezolana sobre conductas de abogados que perjudiquen a las partes en un proceso, resulta sin sentido que se sanciona a los que peticionan en los procesos, mas no al que decide en el mismo,

es decir al juez; singularidad que hace perder sentido al título dentro del cual se regulan éstos delitos, pues si el bien jurídico que se busca proteger es la administración de justicia, quien esencialmente podría atentar contra esta institución es precisamente el encargado de administrar justicia, es decir el juez, siendo las demás partes también vinculadas al proceso, quienes dependen en su accionar de las decisiones que emitan el juzgador. Característica de la que no encontramos parangón en el mundo y que permite analizar el contradictorio sistema jurídico penal venezolano.

TÍTULO III

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1- Descripción de los resultados

3.1.1- Análisis casuístico

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:

- **Apelación N° 20-2015 del 07.02.2017, Puno:** Sentencia de apelación emitida por la Primera Sala Penal Transitoria.

Resumen: Se atribuye a Edwing Augusto Anco Gutiérrez, en su condición de Juez de Investigación Preparatoria de San Román-Juliaca, haber dictado una resolución declarando fundada la solicitud de Tutela de Derechos interpuesta por el imputado Juan Fredy Vilca Quispe y nula la declaración testimonial de Rosa Caty Apaza, citando hechos falsos (una supuesta intervención de las partes en cuanto al fondo de la materia, cuando en la audiencia no se presentaron posiciones contrapuestas). **Se confirma la absolució al acusado**, señalando que la decisión (prevaricadora) fue emitida cuando la investigación penal ya estaba archivada por el Ministerio Público, y, por ende, la decisión presuntamente ilícita no generó ningún efecto jurídico, puesto que al realizarse

en un proceso sobreesido era incapaz de producir algún hecho trascendente para el ordenamiento jurídico y, por ende, inidónea para beneficiar a alguna de las partes procesales o afectar la eficacia de la administración pública, mediante el entorpecimiento regular del procedimiento; y por tanto inidónea para afectar el bien jurídico protegido por el delito de prevaricato, por lo que el hecho imputado, más allá de la errada posición jurídica que adoptó, no manifiesta una suficiente gravedad ni necesidad de pena.

- **Apelación N° 21-2015 del 16.05.2017, Lambayeque:** Sentencia de apelación emitida por la Primera Sala Penal Transitoria.

Resumen: Se imputa a Oscar Rómulo Tenorio Torres, en su actuación como juez titular del Tercer Juzgado Especializado Civil de Chiclayo, haber emitido sentencia declarando fundada la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, sustentando la resolución en cuatro afirmaciones falsas. Declara **nula la sentencia que absolvió al imputado**, al advertir que la Sala justificó su decisión atribuyendo un contenido interpretativo de lo que quiso decir el procesado al momento de resolver el caso, en vez de analizar el hecho que se reputa como falso; advirtiendo serias deficiencias en la motivación, pues se efectuó una interpretación de las frases usadas por el magistrado en la resolución cuestionada y no un análisis sobre la configuración del tipo penal de prevaricato.

- **Apelación N° 11-2015 del 18.05.2017, Ancash:** Sentencia de apelación emitida por la Primera Sala Penal Transitoria.

Resumen: Se imputa a María Magdalena Salazar Soto, en su actuación como jueza del Segundo Juzgado de Menores de Huaraz, haber emitido una resolución declarando fundada una medida cautelar de tenencia provisional de menor e impedimento de salida del país de la demandada sin trámite alguno, contraviniendo el texto expreso del artículo 87° del Código de Niños y Adolescentes, que señala que para resolver dicho pedido el juzgado debe contar

con el informe del Equipo Multidisciplinario. Resuelven **confirmar la sentencia que absuelve a la acusada** por atipicidad, señalando que si es posible estimar la posibilidad razonable de una interpretación alternativa, no cabe afirmar la tipicidad objetiva del delito de prevaricato, dado que no toda infracción objetiva al ordenamiento es prevaricadora, puesto que si bien contravino el artículo 87° del CNA, fundó su decisión en el principio de interés superior del menor, contemplado en el artículo IX del Título Preliminar del mismo código, constituyendo lineamientos interpretativos defendibles como expresión de la potestad jurisdiccional y por tanto no se cumplen los elementos objetivos del tipo legal de prevaricato de derecho.

- **Apelación N° 25-2015 del 25.05.2017, Lambayeque:** Sentencia de apelación emitida por la Primera Sala Penal Transitoria.

Resumen: Se imputa a Emiliano Pérez Acuña, en su actuación como juez del Juzgado Mixto Unipersonal de San Ignacio, haber emitido una resolución admitiendo la demanda por indemnización y cese abusivo del derecho y concedió medida cautelar innovativa para nombrar administradores judiciales y de no innovar para que se prohíba la inscripción de cualquier título, sin tomar en cuenta el texto expreso de la Ley (artículo 17 del Código Procesal Civil) puesto que no era competente para conocer dicha demanda, dado que los hechos que la motivaron sucedieron en la ciudad de Chiclayo y no en la provincia de San Ignacio. Resuelve **confirmar la sentencia que absolvió al acusado** por atipicidad, al no haberse configurado el elemento “a sabiendas” del tipo objetivo, dado que la norma procesal permite que se proponga una demanda ante un juez territorialmente incompetente y, por ende, no se infringió en forma manifiesta el texto expreso y claro de la ley, entendiendo que la competencia territorial es relativa en materia civil, pues las partes pueden convenir o aceptar, expresa o tácitamente, la competencia de otro juez distinto al que le correspondería de acuerdo con las reglas generales de la competencia, y que en el caso de autos ninguna de las partes cuestionó la competencia del Juez.

- **Apelación N° 02-2016 del 18.09.2017, Piura:** Sentencia de apelación emitida por la Primera Sala Penal Transitoria.

Resumen: Se imputa a Guillermo Alberto Zúñiga Sánchez, en su actuación como juez del Juzgado Mixto de la provincia de Sechura, haber declarado precedentes ocho solicitudes de medidas cautelares de futuros procesos de Otorgamiento de Escritura Pública, con los que otorgó en forma ilegal, derechos administrativos de pesca a diferentes embarcaciones, y en los mismos procesos, haber emitido resoluciones desmereciendo las oposiciones formuladas por el Ministerio de Producción, rechazando su participación como litisconsorte necesario, aduciendo que su presencia solo tenía calidad de auxilio judicial. Resuelve declarar infundado el recurso de apelación del imputado y **confirmar la sentencia condenatoria** en su contra por la comisión del delito de prevaricato, por cuanto las conductas imputadas contravienen el texto expreso de normas especiales explícitas y no se precisaron en ellas los motivos que habrían servido para justificarlas.

- **Apelación N° 08-2015 del 30.11.2017, San Martín:** Sentencia de apelación emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria.

Resumen: Se imputa a Ismael Quispe Tenorio, en su actuación como juez del Primer Juzgado Especializado Penal de Rioja, haber emitido resoluciones no ajustadas a ley, variando el mandato de detención por comparecencia restringida a favor de Merardo Tapia Carrero, Pepe Geiser Salazar Sahuan y Eli Mera Naval, sin cumplir estrictamente las condiciones y/o requisitos establecidos en el en el último párrafo del artículo 135 del Código Procesal Penal, sin que se haya desvanecido el peligro procesal. Resuelve **revocar la sentencia y absolver al acusado**, al considerar que emitió las resoluciones judiciales conforme a su criterio, la valoración de los actuados y la interpretación de la norma, lo cual plasmó en la motivación que sustentan las

resoluciones materia del presente proceso penal, por tanto, señala que no se verifica el elemento subjetivo del dolo en su actuación.

- **Apelación N° 9-2015 del 22.03.2017, Lambayeque:** Sentencia de apelación emitida por la Primera Sala Penal Transitoria.

Resumen: Se imputa a Oscar Rómulo Tenorio Torres, en su actuación como juez del Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, haber emitido resolución resolviendo reservar la petición de subrogación de los administradores provisionales, sustentando en que el nombramiento de dichos administradores se encontraba en apelación, contraviniendo el inciso 2, del artículo 368, del Código Procesal Civil, pues dicha apelación fue concedida sin efecto suspensivo y por tanto el nombramiento tenía plena eficacia independientemente de la tramitación del recurso que se interponga contra ella. Resuelve **declarar nula la sentencia que absolvió al acusado**, debido a que la sentencia incurrió en una deficiente motivación externa, en una aparente motivación, en una motivación insuficiente y en una motivación incongruente, por cuanto no expresó argumentos en relación a la aplicación de la norma jurídica que se imputa haber contravenido (para establecer el significado que le otorgó) y el juicio de adecuación típica; así como omitió la valoración de prueba existente en relación a los hechos imputados.

UNICO CASO DE AYACUCHO

- **Recurso de Apelación N° 6-2018 del 05.02.2019, Ayacucho:** Sentencia de apelación emitida por la Sala Penal Permanente.

Resumen: Se imputa a Mabilo Zózimo Valdivia Acevedo, en su actuación como juez del Juzgado Mixto de Chungui, provincia de La Mar, departamento de Ayacucho, haber emitido resolución (Sentencia) declarando fundada la solicitud de inscripción de Maximiliana Núñez Valenzuela, ordenando su inscripción en el Registro Civil de la Municipalidad Distrital de Chungui, en contravención al artículo 826 del Código Procesal Civil, que establece que las solicitudes de

inscripción de partida de nacimiento se rige por la Ley Orgánica del RENIEC, por tanto dicho juez no tenía competencia para conocer ese tipo de procedimientos administrativos. Resuelve declarar fundado el recurso de apelación de la Fiscalía Superior y nula la sentencia que absolvió al acusado, debido a la insuficiente motivación e ilogicidad de las inferencias probatorias del Tribunal Superior, al “plantear un alcance indebido del precepto material y exigió prueba específica para la acreditación del tipo subjetivo”.

Principales fundamentos:

“Cuarto: [...] El tipo subjetivo es, desde luego, doloso. El dolo no se prueba, se atribuye o se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho Penal. En el presente caso, tratándose incluso de un juez, el conocimiento del Derecho está en función a su propio rol, a lo que se exige de él – conocer las normas sobre inscripción de partidas de nacimiento es, desde luego, factible un conocimiento en atención a sus circunstancias personales”.

N°	N° EXPEDIENTE	IMPUTADO	HECHOS IMPUTADOS	RESULTADO	PRINCIPALES FUNDAMENTOS
01	Apelación N° 20-2015 Puno	Juez de Investigación Preparatoria de San Román - Juliaca	Emitir una resolución que declara fundada una Tutela de Derechos citando hechos falsos	Confirma la absolución al acusado	El hecho era inidóneo para afectar la Administración de Justicia pues la resolución no generó ningún efecto jurídico , al haber estado archivado el proceso.
02	Apelación N° 21-2015 Lambayeque	Juez titular del Tercer Juzgado Civil de Chiclayo	Emitir sentencia declarando fundada la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, sustentándola en afirmaciones falsas	Declara nula la sentencia que absolvió al imputado	La Sala justificó su decisión interpretando las frases usadas por el magistrado en la resolución cuestionada, en vez de analizar el hecho que se reputa como falso.
03	Apelación N° 11-2015 Ancash	Jueza del Segundo Juzgado de	Emitir resolución otorgando la tenencia provisional	Confirma la sentencia que absuelve a la	Si es posible estimar la posibilidad

		Menores de Huaraz	de menor sin el Informe del Equipo Multidisciplinario como exige el artículo 87° del Código de Niños y Adolescentes, Multidisciplinario	acusada por atipicidad	razonable de una interpretación alternativa , no cabe afirmar la tipicidad objetiva del delito de prevaricato.
04	Apelación N° 25-2015 Lambayeque	Juez del Juzgado Mixto Unipersonal de San Ignacio	Emitir resolución admitiendo a trámite una demanda y concediendo medida cautelar, sin tener competencia territorial, conforme al artículo 17 del Código Procesal Civil	Confirma la sentencia que absolvió al acusado por atipicidad	No haberse configurado el elemento "a sabiendas" del tipo objetivo, dado que la competencia territorial es relativa, pudiendo ampliarse.
05	Apelación N° 02-2016 Piura	Juez del Juzgado Mixto de la provincia de Sechura	Emitir resoluciones otorgando ocho medidas cautelares, dando derechos administrativos de pesca a diferentes embarcaciones, y haber emitido resoluciones desmereciendo las oposiciones formuladas por el Ministerio de Producción, contraviniendo la Ley.	Confirma la sentencia condenatoria	Las conductas imputadas contravienen el texto expreso de normas especiales explícitas y no se precisaron en ellas los motivos que habrían servido para justificarlas
06	Apelación N° 08-2015, San Martín	Juez del Primer Juzgado Penal de Rioja	Emitido resoluciones variando mandatos de detención por comparecencia restringida sin cumplir estrictamente los requisitos del artículo 135 del Código Procesal Penal	Resuelve revocar la sentencia y absolver al acusado	No se verifica el elemento subjetivo del dolo en su actuación, al haber motivado las resoluciones judiciales conforme a su criterio.
07	Apelación N° 9-2015, Lambayeque	Juez del Tercer Juzgado Especializado	Emitir resolución reservando la petición de subrogación de los administradores	Resuelve declarar nula la sentencia que absolvió al acusado	No se expresó argumentos en relación a la aplicación de la norma jurídica que

		en lo Civil de Chiclayo	provisionales, porque su nombramiento se encontraba en apelación, cuando artículo 368, del Código Procesal Civil, señala que las apelaciones son sin efecto suspensivo.		se imputa haber contravenido (para establecer el significado que le otorgó) y el juicio de adecuación típica
08	Recurso de Apelación N° 6-2018 Ayacucho	Juez del Juzgado Mixto de Chungui	Emitir resolución (Sentencia) declarando fundada la solicitud de inscripción de partida de Nacimiento, sin tener competencia para dicho procedimiento, conforme al artículo 826 del Código Procesal Civil, da la competencia al RENIEC.	Resuelve declarar fundado el recurso de apelación de la Fiscalía Superior y nula la sentencia que absolvió al acusado	Insuficiente motivación e ilogicidad de las inferencias probatorias del Tribunal Superior, al “plantear un alcance indebido del precepto material y exigió prueba específica para la acreditación del tipo subjetivo”.

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO:

Revisada la información del Sistema de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, se reporta solamente una Sentencia emitida durante los años 2015 a 2017.

➤ **Expediente N° 00224-2012-0-0501-SP-PE-01**

Imputado : Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de Cangallo

Agraviado : Estado Peruano

Sentencia emitida el 20 de julio de 2015.

Resumen : Se imputa al Fiscal Provincial haber celebrado una Audiencia de Principio de Oportunidad en la denuncia N° 012-2009, resolviendo en la misma fijar un año de pena privativa de libertad a Pío Cahuana Tanta, por el delito de Homicidio en grado de tentativa, en agravio de Marina Anchayhua

Huancasi y el pago de S/300.00 soles por reparación civil, disponiendo abstenerse del ejercicio de la acción penal, pese a que dicho delito, afecta gravemente el interés vital de la sociedad y a pesar que no encontraba facultado para imponer ningún tipo de pena, con lo que habría contravenido el texto expreso y claro del artículo V del título preliminar y artículo 2° del Código Penal. Resuelve **absolver al acusado** señalando que **existen dudas sobre su responsabilidad penal**, pues no se ha fijado penal alguna contra Pio Cahuana Tanta sino que esto aparece en el acta por haber tipeado en un documento existente y por no haber guardado adecuadamente en la computadora, constituyendo un **error de tipo invencible**, tanto más si al momento de formular acusación en su contra no se hizo mención alguna sobre las implicancias de la declaración de nulidad e insubsistencia del Acta de principio de oportunidad.

RESOLUCIONES FINALES EMITIDAS POR LA OFICINA DESCONCENTRADA DE CONTROL INTERNO DE AYACUCHO:

➤ **Carpeta Fiscal N° 179-2015**

Denunciado : Juez de Familia de Huamanga

Denunciante : De oficio

Resumen : Se imputa a la Juez del Segundo Juzgado de Familia de Huamanga haber emitido una resolución (sentencia) declarando fundada la demanda de Violencia Familiar en la modalidad de maltrato psicológico, contraviniendo el artículo 2° de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar – Ley N° 26260, por cuanto el parentesco entre demandada y agraviada no se encuentra entre los supuestos que esta establece. Se resuelve declarar **infundada la denuncia**, mediante Resolución Final N° 49-2016-ODCI-AYACUCHO de fecha 18.03.2016, sustentando la decisión en que la magistrada **no ha actuado con dolo sino** que habría actuado **con negligencia**,

debido a que según su criterio interpretativo el concepto de violencia familiar es más amplio conforme a la “Convención De Bélen Do Para”.

➤ **Carpeta Fiscal N° 95-2015**

Denunciado : Juez del Tercer Juzgado Penal de Huamanga

Denunciante : Nino Hans Ghiglino Villón

Resumen : Se imputa a la Juez haber emitido una resolución declarando inembargable el sueldo del condenado por delito de Estafa, Juan Rafael Hernández Vega, por no exceder de las 5 URP, aplicando supletoriamente el numeral 5) del artículo 648° del Código Procesal Civil, con lo que habría contravenido el texto del artículo 98° del Código Penal que señala que cuando un condenado no tenga bienes realizables, el juez señalará hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil. Se resuelve declarar **infundada la denuncia**, mediante Resolución Final N° 139-2015-ODCI-AYACUCHO de fecha 07.10.2015, sustentando la decisión en que **no se evidencia el elemento subjetivo dolo**, por lo que resulta atípico por ausencia de imputación subjetiva, al haber la magistrada hecho uso de su facultad discrecional e interpretativa de la norma adjetiva (Código Procesal Civil) y sustantiva (Código Penal).

➤ **Carpeta Fiscal N° 45-2015**

Denunciado : Juez del Juzgado Mixto de Ayna – San Francisco

Denunciante : David Vásquez Espino, Presidente de la Comunidad Campesina de Chirumpiari

Resumen : Se imputa a la Juez haber emitido una resolución (Sentencia) en el Expediente Penal N° 2008-06-CI, sustentando como fundamento que dicha decisión se adoptó en base a la diligencia de inspección judicial in situ, señalando que a dicha inspección no asistió la Comunidad Campesina de Chirumpiari demandada, cuando el entonces Presidente de la mencionada Comunidad sí estuvo presente durante toda la inspección, pero no se le dejó

participar por no contar con su DNI, lo cual fue materia de observación al acta. Se resuelve declarar **infundada la denuncia**, mediante Resolución N° 71-2015-MP-ODCI-AYA de fecha 13.05.2015, sustentando la decisión en que **la resolución fue expedida sin contravenir las normas adjetivas ni sustantivas de ley**, encontrándose la denuncia dirigida a cuestionar el fondo de la decisión.

➤ **Carpeta Fiscal N° 56-2015**

Denunciado : Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal de Paucar del Sara Sara

Denunciante : Josué Silva Calle abogado de Honorio Flores Carhua

Resumen : Se imputa a la Fiscal haber emitido la Disposición N° 01-2014-MP-FN-FPP-PSS en la Carpeta Fiscal N° 277-2014, calificando los hechos denunciados como delito de cohecho pasivo propio declarándose incompetente para conocer la denuncia y derivarla a la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ayacucho y en la Carpeta Fiscal 297-2014 por delito de tentativa de Homicidio, Lesiones graves y Abuso de Autoridad, haber emitido la Providencia N° 02-2015-MPFN-FPP-PSS de fecha 11 de febrero de 2015, declarando improcedente la solicitud de formalización de investigación preparatoria. Se resuelve **rechazar la denuncia**, mediante Resolución N° 399-2015-ODCI-AYACUCHO de fecha 23.11.2015, sustentando la decisión en que **la resolución fue expedida sin contravenir las normas adjetivas ni sustantivas de ley**, encontrándose las decisiones emitidas por la Fiscal, enmarcadas dentro de su criterio funcional.

➤ **Carpeta Fiscal N° 93-2015**

Denunciado : Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Huamanga y Juez del Tercer Juzgado Penal de Huamanga

Denunciante : Nino Hans Ghiglino Villón

Resumen : Se imputa al Fiscal Provincial haber emitido el Dictamen Acusatorio N° 79-2014-MP-FPPH-02-AYA de fecha 26 de marzo de 2014, en el Expediente N° 1867-2013-0-0501-JR-PE-03, mediante el cual formula acusación contra Víctor Hugo Barrientos Ramos por el delito de Homicidio culposo, solicitando se le imponga al acusado 06 años de pena privativa de libertad (pena por encima del máximo legal) por tener la agravante cualificada de reincidente, al haber sido sentenciado por homicidio culposo el 13 de diciembre de 2010 en Yurimaguas, contraviniendo el texto del artículo 46°-B del Código Penal, que exige que el delito anteriormente cometido tenga naturaleza dolosa y no culposa; asimismo, se imputa al Juez, haber emitido la Resolución N° 24 (Sentencia) de fecha 19 de setiembre de 2014, en relación al expediente anteriormente citado, condenando al acusado a 06 años de pena privativa de libertad al considerar que conforme el artículo 46°-B, tenía la condición de reincidente. Se resuelve declarar **infundada la denuncia** en relación a ambos magistrados, mediante Resolución Final N° 129-2015-ODCI-AYACUCHO de fecha 30.09.2015, sustentando la decisión en que los magistrados investigados no han actuado con dolo, sino han actuado de manera negligente.

➤ **Carpeta Fiscal N° 365-2016**

Denunciado : Juez (Sn) del Juzgado Mixto y Penal Unipersonal de Paucar del Sara Sara

Denunciante : Pepe Zambrano Arias, Alcalde de la Municipalidad Distrital de Marcabamba

Resumen : Se imputa a la Juez haber emitido la Resolución N° 01 de fecha 19 de octubre de 2015, en el Expediente N° 2015-035 sobre Interdicto de recobrar, seguido por Celso Gutiérrez Llanes contra la Municipalidad Distrital de Marcabamba, declarando procedente la medida cautelar de innovar solicitada por el demandante, ordenando se restituya la posesión un inmueble ubicado en la plaza de armas destinado al área pública el cual se encontraba en

afectación de la Municipalidad demandada, contraviniendo la norma que establece que no proceden medidas posesorias contra bienes estatales. Se resuelve declarar **infundada la denuncia**, mediante Resolución Final N° 22-2017-ODCI-AYACUCHO de fecha 26.02.2017, sustentando la decisión en que la resolución ha sido emitida en un proceso regular al no haberse acreditado que el inmueble materia de la medida cautelar sea del Municipio, por tanto la denuncia se encuentra dirigida a cuestionar la decisión del magistrado en ejercicio de sus atribuciones.

➤ **Carpeta Fiscal N° 29-2016**

Denunciado : Juez Penal del Juzgado Penal Liquidador de Huanta

Denunciante : Víctor Arroyo Rodríguez y Joris Ivens Ruíz Pariona

Resumen : Se imputa a la Juez haber emitido la Resolución N° 93 de fecha 08 de enero de 2016, en el Expediente N° 351-2009, seguido por Adolfo Mendoza Salazar contra los denunciados por delito de Usurpación agravada, otorgando la ministración provisional de la posesión del inmueble denominado "Huancarumi" a la parte agraviada y ordenaba a los sentenciados desocupar el predio en el plazo de 24 horas, bajo apercibimiento de ministrar la posesión de manera inopinada, transgrediendo el numeral 3) del artículo 311° del Código Procesal Penal, que establece que la solicitud de desalojo y ministración provisional se presenta durante las diligencias preliminares o en cualquier estado de la investigación preparatoria, siendo que la resolución reputada como prevaricadora, se emite cuando el proceso se encontraba en apelación de sentencia condenatoria; asimismo, se le imputa haber emitido la Resolución N° 95 de fecha 27 de enero de 2016, concediendo la apelación de los sentenciados contra la Resolución 93° sin efecto suspensivo, contraviniendo el artículo 311° numeral 4) del mismo código adjetivo, que establece que la interposición de la apelación suspende la ejecución de la resolución impugnada. Se resuelve declarar **infundada la denuncia**, mediante Resolución Final N° 147-2016-ODCI-AYACUCHO de fecha 06.09.2017, sustentando la decisión en que **no se**

advierte que la magistrada haya actuado con consciencia y voluntad de cometer el ilícito, sino se aprecia un actuar negligente y que además **la decisión no llegó a ejecutarse** y por tanto se debe tener como un error, el mismo que fue corregido por la instancia superior vía recurso de apelación.

➤ **Carpeta Fiscal N° 57-2017**

Denunciado : Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal de Paucar del Sara Sara

Denunciante : María del Carmen Vilca Sivirichi

Resumen : Se imputa a la Juez haber hecho suyo en audiencia el Requerimiento de Acusación de fecha 12 de diciembre de 2014, en el Expediente N° 2014-36-JIP, seguido por la denunciante y otros por los delitos de Estelionato y Falsedad ideológica, subsumiendo los hechos ocurridos del 18 de enero de 2011, en el artículo 196-A del Código Penal, pese a que dicho tipo penal fue incorporado mediante Ley N° 30076 publicada en El Peruano con fecha 19 de agosto de 2013, es decir habría aplicado dicha norma de manera retroactiva. Se resuelve declarar **No ha lugar abrir investigación preliminar**, mediante Resolución Final N° 112-2017-ODCI-AYACUCHO de fecha 12.07.2017, sustentando la decisión en que **no se advierte que el magistrado haya actuado con dolo**, sino se aprecia un error, pues el delito incorporado en la acusación no fue considerado en la formalización de investigación preparatoria, habiéndose incluso subsanado el error por el Fiscal denunciado, mediante escrito de aclaración de la Acusación.

➤ **Carpeta Fiscal N° 253-2017**

Denunciado : Juez del Tercer Juzgado Civil de Huamanga

Denunciante : Nerio Ciprian Soria

Resumen : Se imputa al Juez haber emitido la resolución N° 29 del 22 de mayo de 2017, que declara nula la resolución que declara procedente la

desafectación otorgada a favor del denunciante, disponiendo que el juez de la causa emita nuevo pronunciamiento y la resolución N° 05 del 06 de junio de 2017, que declara fundada la apelación de Janeth Karina Malmolejo Berna y declara subsistente todo lo actuado y la resolución 18 que resuelve llevar a remate público el bien inmueble; actos realizados presuntamente en base a argumentos falsos, arbitrarios y abusivos, pues primero debió resolver la apelación de la nulidad de actuados, luego recién resolver la otra apelación. Se resuelve declarar **No ha lugar a peturar investigación preliminar**, mediante Resolución Final N° 120-2017-ODCI-AYACUCHO de fecha 01.08.2017, sustentando la decisión en que **no se han configurado los elementos objetivos ni subjetivos del delito de Prevaricato**, puesto que las resoluciones fueron emitidas acorde a la realizada y a la normatividad vigente, siendo que el hecho de resolver las apelaciones sin observar el orden cronológico en la que se presentaron las apelaciones no es un supuesto que se encuadra dentro del delito de prevaricato.

➤ **Carpeta Fiscal N° 260-2017**

Denunciado : Juez del Juzgado Mixto de la Provincia de Lucanas

Denunciante : Daniel Quevedo Cazorla

Resumen : Se imputa a la Juez haber emitido resoluciones en un proceso de Ejecución de garantías, proveyendo el escrito mediante el cual el denunciado cancela la deuda total, sin correr traslado a la otra parte, a lo que presenta una reposición que fue denegada y luego presenta un recurso de nulidad, que también le declara improcedente, adjudicando a otro la propiedad pese a que la deuda se encontraba cancelada en su totalidad, con lo que habría transgredido los artículos 429°, 189° y 727° del Código Procesal Civil. Se resuelve declarar **No ha lugar a peturar investigación preliminar**, mediante Resolución Final N° 124-2017-ODCI-AYACUCHO de fecha 03.08.2017, sustentando la decisión en que **no se han configurado los elementos objetivos ni subjetivos del delito de Prevaricato**, puesto que las resoluciones fueron emitidas acorde

a la realizada y a la normatividad vigente, siendo que no se puede imputar ni investigar a una jueza por el hecho de haber cumplido con ejecutar una Resolución consentida, dentro de un debido proceso.

N°	N° CARPETA	DENUNCIADO	HECHOS DENUNCIADOS	RESULTADO	PRINCIPALES FUNDAMENTOS
01	179-2015	Jueza del Segundo Juzgado de Familia de Huamanga	Haber emitido sentencia declarando fundada la demanda de Violencia Familiar, cuando el parentesco entre las partes no está contemplado en el artículo 2° de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar	Se declara infundada la denuncia	La magistrada no ha actuado con dolo sino con negligencia.
02	95-2015	Jueza del Tercer Juzgado Penal de Huamanga	Emitir resolución declarando inembargable sueldo de condenado, aplicando supletoriamente el Código Procesal Civil, contra lo dispuesto en el artículo 98° del Código Penal faculta al juez embargar un tercio de la remuneración para el pago de la reparación civil	Se declara infundada la denuncia	No se evidencia el elemento subjetivo dolo , por lo que resulta atípico por ausencia de imputación subjetiva
03	45-2015	Jueza del Juzgado Mixto de Ayna – San Francisco	Emitir Sentencia en base a una diligencia de inspección judicial señalando que no estuvo presente la Comunidad Campesina demandada, cuando el Presidente estuvo presente en toda la diligencia, pero no se le dejó participar.	Se declara infundada la denuncia	La resolución fue expedida sin contravenir las normas adjetivas ni sustantivas de ley, encontrándose la denuncia dirigida a cuestionar el fondo de la decisión
04	56-2015	Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal de Paucar del Sara Sara	Emitir Disposición declarándose incompetente para conocer la denuncia al calificar los hechos como cohecho pasivo	Resuelve rechazar la denuncia	La resolución fue expedida sin contravenir las normas adjetivas ni sustantivas de ley, encontrándose las

			propio y haber emitido una Providencia declarando improcedente la solicitud de formalización de investigación preparatoria		decisiones emitidas por la Fiscal, enmarcadas dentro de su criterio funcional .
05	93-2015	Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Huamanga y Juez del Tercer Juzgado Penal de Huamanga	Emitir Dictamen acusatorio y Sentencia respectivamente, condenando a acusado a pena por encima del máximo legal, aplicando la agravante cualificada de reincidente, cuando el delito que cometió fue culposo y no doloso como exige la norma.	Declara infundada la denuncia	Los magistrados investigados no han actuado con dolo , sino han actuado de manera negligente
06	365-2016	Juez (Sn) del Juzgado Mixto y Penal Unipersonal de Paucar del Sara Sara	Emitir Resolución otorgando medida cautelar de innovar y ordenando que se restituya la posesión un inmueble ubicado en la plaza de armas, contraviniendo la norma que establece que no proceden medidas posesorias contra bienes estatales	Se declara infundada la denuncia	La resolución ha sido emitida en un proceso regular al no haberse acreditado que el inmueble sea del Municipio, la denuncia se encuentra dirigida a cuestionar la decisión del magistrado.
07	29-2016	Juez Penal del Juzgado Penal Liquidador de Huanta	Emitir resolución otorgando la ministración provisional de un inmueble en un proceso en estado de apelación de sentencia, cuando el CPP establece que dicha solicitud se presenta durante la investigación preliminar o preparatoria; y conceder apelación sin efecto suspensivo, cuando el código	Declara infundada la denuncia	No se advierte que la magistrada haya actuado con dolo , sino un actuar negligente y además la decisión no llegó a ejecutarse, por lo que solo constituye error, el mismo que fue corregido por la instancia superior vía recurso de apelación

			establece que se suspende la ejecución.		
08	57-2017	Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal de Paucar del Sara Sara	Haber hecho suyo un requerimiento de acusación, subsumiendo los hechos en norma emitida después de ocurridos los hechos, es decir aplicada de manera retroactiva.	Declara no ha lugar abrir investigación preliminar	No se advierte que el magistrado haya actuado con dolo, sino se aprecia un error que fue subsanado con escrito de aclaración.
09	253-2017	Juez del Tercer Juzgado Civil de Huamanga	Resolver las apelaciones sin observar el orden cronológico en que se presentaron, enviando a remate público un bien inmueble.	Declara no ha lugar abrir investigación preliminar	No se han configurado los elementos objetivos ni subjetivos del delito de Prevaricato
10	260-2017	Juez del Juzgado Mixto de la Provincia de Lucanas	Emitir resolución adjudicando a otro la propiedad de un inmueble pese a que la deuda sostenida se encontraba cancelada en su totalidad.	Declara no ha lugar abrir investigación preliminar	No se han configurado los elementos objetivos ni subjetivos del delito de Prevaricato

Conforme se advierte de la ficha de análisis, el 50% de las resoluciones analizadas presentan como fundamento para el archivamiento de las denuncias por prevaricato la ausencia de dolo en el actuar del magistrado, mientras que el otro 50% desestima la denuncia por no haberse configurados ninguno de los elementos típicos del delito, por un lado encontrándose incorrectamente planteadas las denuncias y principalmente dirigidas a cuestionar el fondo de las decisiones un 30% y un 20% por haber el magistrado justificado sus decisiones, con lo que se rechaza la denuncia en base al respeto al criterio funcional que ostentan los magistrados.

3.1.2- Análisis estadístico

ENCUESTA A OPERADORES JURÍDICOS

La presente encuesta fue aplicada haciendo la distinción del tipo de operador jurídico a responder, esto es, si se trataba de un Juez, de un Fiscal o de un abogado litigante;

ello debido a que si bien los tres intervienen en la dinámica de la administración de justicia, cumplen distintas funciones, las que inciden en la óptica desde la cual analizan el tipo penal de Prevaricato de derecho, más aún cuando los dos primeros (juez y fiscal) pueden ser sujetos pasivos en este delito. Siendo así, se han obtenido los siguientes resultados:

Pregunta N° 1:

El emitir una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, es una conducta:

La primera pregunta cita textualmente la descripción típica realizada en el artículo 418° del Código Penal que regula el delito de Prevaricato en su primera modalidad de Prevaricato de derecho. Las alternativas buscan conocer la opinión de los operadores de justicia sobre si la comisión de dicha conducta, involucra en sí misma una acción dolosa o si ésta podría también ser negligente, teniendo en cuenta que el nuestro país sólo existe el Prevaricato a título de dolo, siendo determinando para su configuración y distinción con las infracciones administrativas, de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, la imputación subjetiva.

Se obtuvieron los siguientes datos:

RESPUESTA	MAGISTRADO						ABOGADO		TOTAL OPERADORES	
	JUEZ		FISCAL		SUBTOTAL		CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE
	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE				
A Puede ser dolosa o negligente	6	60%	2	20%	8	40%	10	50%	18	45%
B Solamente negligente	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
C Solamente dolosa	4	40%	8	80%	12	60%	10	50%	22	55%
TOTAL	10	100%	10	100%	20	100%	20	100%	40	100%

De los resultados generales, se observa que los operadores de justicia tienen una opinión marcadamente dividida entre considerar que dicha conducta puede ser tanto dolosa como negligente en un 45% y que solamente puede ser dolosa en un 55%, es decir una mínima diferencia que le otorga predominancia a la posición que solamente

puede ser dolosa. Pero, al disgregar las opiniones haciendo la distinción entre abogados litigantes frente a magistrados, se tiene más bien que mientras los abogados si están divididos en un 50% entre ambas respuestas, los magistrados se inclinan por considerar que dicha conducta solamente es dolosa alcanzando un 60% frente al 40% de magistrados que opinan que también puede ser negligente. Pero es aún más interesante, la diferencia de opiniones que existe dentro de los propios magistrados, pues mientras los jueces opinan mayoritariamente en un 60% que la conducta puede ser dolosa o negligente, los fiscales opinan en una mayoría más amplia de un 80% que dicha conducta solamente es dolosa.

Éstos resultados nos permiten entender, la poca claridad que existe entre los operadores del Derecho en cuanto a la aplicación del delito de prevaricato, pues si bien éste delito solo es posible cometer a título de dolo, quedando la negligencia para el ámbito del procedimiento administrativo disciplinario, la descripción típica contenida en el tipo penal se muestra insuficiente para entender que dicha conducta solo puede ser imputada de manera dolosa.

Pregunta N° 2:

El emitir una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley:

La segunda pregunta va directamente dirigida a identificar en la opinión de los operadores de justicia, si la conducta típica descrita en el Código Penal como delito de prevaricato de derecho, resulta suficiente para poder distinguir este delito de las infracciones administrativas que cometen también jueces y fiscales, pues si bien la distinción a nivel doctrinario está definida, no ocurre lo mismo en la aplicación de la norma al caso en concreto, conforme se ha advertido en el análisis de las resoluciones emitidas en investigaciones por prevaricato. Se obtuvieron los siguientes resultados:

RESPUESTA	MAGISTRADO						ABOGADO		TOTAL OPERADORES	
	JUEZ		FISCAL		SUBTOTAL		CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE
	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE				
A Siempre es delito de Prevaricato	5	50%	9	90%	14	70%	10	50%	24	60%
B Siempre es infracción administrativa	2	20%	0	0%	2	10%	0	0%	2	5%
C Puede ser prevaricato o infracción administrativa	3	30%	1	10%	4	20%	10	50%	14	35%
TOTAL	10	100%	10	100%	20	100%	20	100%	40	100%

En los resultados generales se puede advertir que si bien una mayoría que alcanza el 60% de operadores de justicia opina que dicha conducta, siempre es delito de Prevaricato, existe un considerable 35% que opina que puede ser prevaricato o infracción administrativa, incluso existe un 5% que opina que siempre va ser una infracción administrativa. La opinión comparativa entre magistrados y abogados, vuelve a ser marcadamente contrapuesta, pues los abogados litigantes dividen su opinión nuevamente en un 50% entre considerar que siempre es delito y la otra mitad en que puede ser también infracción administrativa.

Es en la distinción entre jueces y fiscales, donde el resultado obtenido presenta mayor contradicción, pues mientras para los jueces solo un 50% considera que dicha conducta siempre es delito, para los Fiscales la cifra mayoritaria se incrementa a un 90%, mientras los que consideran que puede ser delito o infracción administrativa en la opinión de los Fiscales llega solo a un 10% considerando además que el criterio para distinguir está en la imputación subjetiva: el dolo con que se mete la conducta, frente al 20% de jueces que opinan que dicha puede ser infracción administrativa, considerando que existen vacíos legales que no permite distinguirlos con claridad. Lo más interesante en la diferencia de opinión entre jueces y fiscales, está en ese 20% de jueces que opinan que la conducta descrita en el artículo 418° del Código Penal, siempre es una infracción administrativa, frente al 0% de Fiscales y abogados que no comparten esta opinión.

Nuevamente se tienen opiniones divididas respecto a la distinción de la conducta descrita como prevaricato de derecho, frente a la consideración de esta misma conducta como infracción administrativa, lo que demuestra la falta de claridad de los operadores de justicia en cuanto a la aplicación de este tipo penal.

Pregunta N° 3:

El emitir una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, ¿En qué nivel vulnera la eficacia de la Administración de Justicia?

Con esta pregunta se pretende conocer la opinión de los operadores del sistema de justicia sobre el nivel de vulneración a la eficacia de la Administración de Justicia que se ocasiona con la conducta típica descrita como prevaricato de derecho, para efectos de demostrar si este criterio permite distinguir el delito de prevaricato de las infracciones administrativas.

Se obtuvieron los siguientes resultados:

RESPUESTA	MAGISTRADO						ABOGADO		TOTAL OPERADORES		
	JUEZ		FISCAL		SUBTOTAL		CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	
	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE					
A	No vulnera en nada su eficacia	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
B	Vulnera medianamente su eficacia	2	20%	0	0%	2	10%	0	0%	2	5%
C	Vulnera gravemente su eficacia	2	20%	8	80%	10	50%	15	75%	25	63%
D	Depende del tipo de resolución o dictamen que se emita	6	60%	2	20%	8	40%	5	25%	13	32%
TOTAL		10	100%	10	100%	20	100%	20	100%	40	100%

Del resultado general, podemos observar que en su 63% los operadores de justicia consideran que dicha conducta vulnera gravemente la eficacia de la administración de justicia, siendo pertinente resaltar el 32% que considera que el nivel de vulneración depende del tipo de resolución o dictamen que se emita. La tendencia se mantiene al disgregar el resultado distinguiendo entre magistrados y abogados litigantes, siendo la mayoría más macada en los abogados, llegando a un 75% que se consideran una grave vulneración, frente a un 50% en el caso de los magistrados que consideran la conducta

como gravemente vulneratoria, y un 25% y 40% respectivamente, que consideran que la vulneración depende del tipo de resolución.

La diferencia más contrastada se encuentra entre las opiniones de fiscales frente a la de jueces, pues mientras un 80% de Fiscales considera que la emisión de una resolución contra el texto expreso y claro de la ley vulnera gravemente la administración de justicia, la opinión de los jueces se encuentra inclinada en un 60% a considerar que la vulneración depende del tipo de resolución, siendo que solo el 20% de éstos últimos considera que afecta gravemente y otro 20% que afecta medianamente la eficacia.

Si bien el resultado mayoritario se inclina por creerla gravemente vulneratoria de la eficacia de la administración de justicia, los considerables porcentajes que precisan que el nivel de vulneración depende del tipo de resolución, permite hacer una reflexión en torno a la genérica descripción del tipo penal de prevaricato que ha realizado el legislador nacional. Pues tal como actualmente se encuentra descrito, no hace distinción alguna entre si la resolución prevaricadora recorta la libertad de una persona sentenciándola de manera arbitraria a pena privativa de libertad, o si es una resolución que le otorga la ministración provisional de un predio de baja extensión, por ejemplo; más aún si la resolución emitida deniega las copias de una carpeta a un usuario. En los casos descritos, se evidencia claramente que las resoluciones tienen distinta consecuencias distintas, algunas más graves que otras, gravedad que también incide en el nivel de vulneración de la eficacia de la administración de justicia; criterio no considerado en el Perú, donde únicamente por criterios doctrinarios y jurisprudenciales se ha podido distinguir las resoluciones de mero trámite de aquellas que fondo, para excluir a las primeras del ámbito de punición de la conducta descrita como prevaricato, frente a las legislaciones de otros países donde sí se distingue en la descripción típica, una mayor pena cuando la resolución prevaricadora sea una sentencia condenatoria en proceso penal o cuando se trata de medidas coercitivas de que restrinjan el derecho de libertad de una persona.

Pregunta N° 4:

Si un magistrado (juez o fiscal) comete una infracción administrativa, ¿en qué nivel vulnera la eficacia de la Administración de Justicia?

La presente pregunta, es evidentemente una directa comparación del grado de vulneración a la eficacia de la administración de justicia que se comete cuando un magistrado, sea juez o fiscal, cometa una infracción administrativa. Ello, nos permitiría establecer con meridiana claridad si el nivel de vulneración puede resultar criterio válido para distinguir al delito de prevaricato de derecho de las infracciones administrativas. Se obtuvieron los siguientes resultados:

RESPUESTA	MAGISTRADO						ABOGADO		TOTAL OPERADORES		
	JUEZ		FISCAL		SUBTOTAL		CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	
	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE					
A	No vulnera en nada	3	30%	1	10%	4	20%	0	0%	4	10%
B	No vulnera su eficacia, pero sí su eficiencia	2	20%	5	50%	7	35%	5	25%	12	30%
C	Vulnera medianamente su eficacia	3	30%	1	10%	4	20%	0	0%	4	10%
D	Vulnera gravemente su eficacia	2	20%	3	30%	5	25%	15	75%	20	50%
TOTAL		10	100%	10	100%	20	100%	20	100%	40	100%

Como podemos observar, las opiniones se encuentran totalmente divididas. Si bien, en los resultados generales se ha obtenido un 50% de operadores que consideran que también las infracciones administrativas vulneran gravemente la eficacia de la administración de justicia, hay un considerable 30% que opina que no se vulnera la eficacia pero sí la eficiencia, existiendo 10% de operadores que consideran que no vulnera en nada y una misma cantidad, que considera que vulnera medianamente la eficacia.

En este caso, al distinguir entre opiniones de magistrados y de abogados litigantes, se tiene posiciones totalmente contrapuestas. Pues como observamos, en el caso de los abogados, una amplia mayoría que alcanza el 75% considera que las infracciones administrativas vulneran gravemente la eficacia, con lo que dichos operadores considerarían que tanto el delito de prevaricato como las infracciones administrativas que cometen jueces y fiscales, vulneran en igual medida la esta eficacia de la

administración de justicia. Frente a esta posición, los magistrados se inclinan mayoritariamente, aunque sólo en un 35%, por considerar que no se afecta la eficacia de la administración de justicia pero si la eficiencia; teniendo un 25% que también considera, al igual que los abogados, que se afecta gravemente la eficacia, y otros 20% que se inclina por considerar que no se vulnera en nada o que se vulnera medianamente, es decir, para los magistrados no es el mismo nivel de vulneración en los casos de infracciones administrativas frente a los casos de la comisión del delito de prevaricato de derecho. De ello, resalta como más marcada la inclinación de los Fiscales por la posición antes plateada, llegando a un 50% que opinan que no se vulnera la eficacia pero si la eficiencia, mientras que solo el 30% que considera que también se vulnera gravemente la eficacia; en tanto los jueces, se encuentran totalmente divididos en sus opiniones, existiendo una mínima mayor inclinación del 30% por considerar que no vulnera en nada o que vulnera medianamente la eficacia.

Nuevamente nos encontramos frente a una falta de claridad de los operadores del sistema de justicia en torno al reproche social que debe tener la conducta de prevaricato, la misma que no puede tener el mismo reproche que la comisión de una infracción administrativa; por tanto, se entiende que el nivel de vulneración debiera ser de menor grado, pues el Derecho Penal reprime las conductas ilícitas más graves, lo que no parece del todo comprendido por los operadores encuestados.

Pregunta N° 5:

El emitir una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, ¿En qué grado afecta los derechos de los justiciables?

Esta quinta pregunta se encuentra dirigida a determinar si, además de la imputación subjetiva y el nivel de vulneración a la eficacia de la administración de justicia, el grado de afectación a los derechos de los justiciables puede ser considerado criterio válido para distinguir el delito de prevaricato de las infracciones administrativas. Se obtuvieron los siguientes resultados:

RESPUESTA	MAGISTRADO						ABOGADO		TOTAL OPERADORES		
	JUEZ		FISCAL		SUBTOTAL		CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	
	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE					
A	No afecta en nada sus derechos	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
B	Afecta medianamente sus derechos	2	20%	0	0%	2	10%	1	5%	3	7%
C	Afecta gravemente sus derechos	3	30%	7	70%	10	50%	15	75%	25	63%
D	Depende del tipo de resolución o dictamen que se emita	5	50%	3	30%	8	40%	4	20%	12	30%
TOTAL		10	100%	10	100%	20	100%	20	100%	40	100%

La **opinión mayoritaria** de los operadores que alcanza un 63%, señala que la comisión de la conducta descrita en el artículo 418° del Código Penal, **sí afecta gravemente los derechos de los justiciables**, mientras que un 30% considera que la afectación depende del tipo de resolución o dictamen que se emita.

Esta posición mayoritaria se mantiene al distinguir entre los resultados obtenidos de abogados litigantes, frente a quienes son considerados sujetos activos del delito en estudio, es decir, frente a la posición de los magistrados; pues en éstos últimos solamente el 50% considera que se afecta gravemente sus derechos y un 40% considera que el grado de afectación, depende del tipo de resolución; por su lado, los abogados si consideran en un 75% que la afectación es grave y sólo un 20% que considera que no en todos los casos es grave la afectación, sino que va depender del tipo de resolución. En tanto, al distinguir la opinión entre jueces y fiscales, nuevamente tenemos posiciones contrapuestas; pues mientras los Fiscales mantienen una opinión mayoritaria del 70% señalando que es grave el nivel de afectación, los jueces se inclinan en su mayoría en un 50% que la afectación va depender del tipo de resolución y solo el 30% de éstos últimos considera que sí afecta gravemente.

Pregunta N° 6:

Si un magistrado (juez o fiscal) comete una infracción administrativa, ¿en qué grado afecta los derechos de los justiciables?

Esta pregunta también tiene como finalidad, establecer una comparación entre el grado de afectación al derecho de los justiciables que, en opinión de los operadores, se ocasiona con la comisión del delito de prevaricato, frente a la comisión de una infracción administrativa; ello permitirá establecer este criterio como delimitar el delito de la infracción y los ámbitos de persecución: si el Derecho Penal o en Derecho Administrativo sancionador. Se obtuvieron los siguientes resultados:

RESPUESTA	MAGISTRADO						ABOGADO		TOTAL OPERADORES		
	JUEZ		FISCAL		SUBTOTAL		CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	
	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE					
A	No afecta en nada sus derechos	0	0%	1	10%	1	5%	0	0%	1	2%
B	Afecta medianamente sus derechos	3	30%	0	0%	3	15%	2	10%	5	13%
C	Afecta gravemente sus derechos	3	30%	3	30%	6	30%	16	80%	22	55%
D	Depende del tipo de infracción que cometa	4	40%	6	60%	10	50%	2	10%	12	30%
TOTAL		10	100%	10	100%	20	100%	20	100%	40	100%

Nuevamente se obtuvo una discreta mayoría del 55% que considera que, tan igual que en la comisión del delito de Prevaricato, la comisión de una infracción administrativa, afecta gravemente los derechos de los justiciables, mientras que el 30% considera que también va depender del tipo de infracción que se cometa.

Esta posición es marcadamente más clara, en la opinión de los abogados, pues el porcentaje alcanza un 80%, frente a un reducido 10% que considera que va depender del tipo de infracción; mientras que analizando la opinión de los magistrados, la mayoría se inclina en considerar que la afectación depende del tipo de infracción alcanzando un 50%, dividiendo las demás opiniones entre el 30% que considera que sí se afecta gravemente, el 15% que considera que se afecta medianamente y el 5% que considera que no se afecta en nada. La misma tendencia se mantiene al distinguir las opiniones de jueces y fiscales, donde si bien predomina en los Fiscales con un 60% la posición mayoritaria, frente a solo un 40% de los jueces, en ambos casos el 30% de ellos coincide en señalar que se afecta gravemente.

Pregunta N° 7:

¿Cuántas sentencia condenatoria por el delito de Prevaricato conoce usted se hayan dictado en el Distrito Judicial de Ayacucho?

La séptima pregunta si bien no va directamente dirigida a establecer un criterio para la delimitación del delito de prevaricato frente a las infracciones administrativas, nos otorga un dato adicional, relacionado a la incidencia de procesos concluidos por este delito. Se obtuvieron los siguientes resultados:

RESPUESTA	MAGISTRADO						ABOGADO		TOTAL OPERADORES		
	JUEZ		FISCAL		SUBTOTAL		CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	
	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE					
A	Ninguna	6	60%	7	70%	13	65%	16	80%	29	73%
B	De 1 - 3	3	30%	3	30%	6	30%	4	20%	10	25%
C	De 4 - 6	1	10%	0	0%	1	5%	0	0%	1	2%
D	Más de 6	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
TOTAL		10	100%	10	100%	20	100%	20	100%	40	100%

Como vemos, una contundente mayoría del 73% de operadores del sistema de justicia desconoce de caso alguno en que se ha condenado a un magistrado por la comisión del delito de prevaricato, mientras que solo un 25% conoce entre 1 a 3 casos. Llama la atención que el porcentaje de desconocimiento se incrementa en opinión de los abogados litigantes, llegando a un 80% del 65% en el caso de magistrados; en éstos últimos, las diferencias entre fiscales y jueces es mínima, siendo la misma cantidad del 30% que conoce entre 1 a 3 casos. Con lo que se corrobora la información estadística proporcionada por la Corte Superior de Justicia, descrita en anteriores acápite, donde se señala que entre el 2015 al 2017 no se tiene proceso alguno por delito de prevaricato.

Pregunta N° 8:

Según su opinión, ¿a qué se debe la baja incidencia de procesos por Prevaricato en el Distrito Judicial de Ayacucho?

La última pregunta también se encuentra dirigida a esbozar los motivos de la baja incidencia de procesos por delito de Prevaricato en Ayacucho, dado que precisamente la falta de delimitación entre éste delito y las infracciones administrativas, podría estar generando esta baja incidencia. Se obtuvieron los siguientes resultados:

RESPUESTA	MAGISTRADO						ABOGADO		TOTAL OPERADORES			
	JUEZ		FISCAL		SUBTOTAL		CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE		
	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE	CANTIDAD	PORCENTAJE						
A	Los magistrados de Ayacucho no cometen Prevaricato		5	50%	0	0%	5	25%	0	0%	5	13%
B	La ambigüedad en la redacción del tipo penal de prevaricato		2	20%	1	10%	3	15%	5	25%	8	20%
C	La genérica descripción del tipo penal de prevaricato		0	0%	4	40%	4	20%	13	65%	17	42%
D	La falta de preparación de los magistrados que investigan ese delito		2	20%	2	20%	4	20%	0	0%	4	10%
E	Otros		1	10%	3	30%	4	20%	2	10%	6	15%
TOTAL			10	100%	10	100%	20	100%	20	100%	40	100%

Como podemos apreciar, la opinión de los operadores se encuentra dividida entre una escueta mayoría del 42% que considera que el motivo es la descripción genérica que ha realizado el legislador peruano al tipificar el delito de prevaricato de derecho en el Código Penal, esto se refuerza con la opinión que considera que tanto el nivel de vulneración al bien jurídico administración de justicia como la afectación a los derechos de los justiciables depende del tipo de resolución, distinción no realizada en el Código, denotando una descripción en exceso genérica.

Por otro lado, un 20% opina que el motivo central sería la ambigüedad en la redacción del tipo penal de prevaricato, esto también tiene una corroboración fáctica, en la falta de claridad de los propios operadores para considerar la conducta del juez o fiscal que emite una resolución/dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, como delito de prevaricato o como infracción administrativa. También hay quienes consideran que el motivo es la falta de preparación de los magistrados que investigan este delito, opinión que es sostenida principalmente por jueces y fiscales, constituyendo un 10% del total de encuestados.

Otros de los motivos considerados por un 15% de encuestados son que no se dan a conocer los hechos de este tipo, o que éstos no se denuncia, también que la investigación se realiza de manera tardía, otros adjudican la causa en el desconocimiento de los justiciables y la inacción de los abogados litigantes, hasta los que opinan que la baja incidencia se deba a que las instancias superiores subsanan, esta opinión se encuentra reforzada con alguna de las resoluciones que declaran infundadas las denuncias por prevaricato, sosteniendo que al encontrarse en una instancia superior, ésta puede subsanar el hecho, visión errada de acuerdo a la doctrina analizada en el marco teórico de la presente tesis, que evidencia la necesidad de preparación de los operadores del sistema de justicia de Ayacucho en el tratamiento del delito de Prevaricato.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse el dato curioso obtenido en esta pregunta, y es que el 13% de los operadores encuestados opina que la baja incidencia se debería a que los magistrados de Ayacucho no cometen Prevaricato; posición que alcanza un 0% en la opinión de los abogados y fiscales, pero que es mayoritaria en la opinión de los jueces, donde alcanza un sorprendente 50%. Aquí sí resulta claro que dicha opinión se centra principalmente en la posición que tiene el juez en éste delito, pues son a quienes principalmente se les denuncia por prevaricato, dada su función determinante en la administración de justicia, frente a la facultad principalmente postulatoria de los fiscales y a la posición de defensa de los abogados. Dato que nos lleva a la reflexión si resulta eficaz en el Perú, que la adecuada administración de justicia sea protegida con un tipo penal tan genérico y ambiguo, abriendo posibles márgenes de impunidad al ser los propios magistrados quienes tengan que juzgar la conducta de otros magistrados.

ENCUESTA A LA POBLACIÓN

La segunda encuesta ha sido aplicada a pobladores, quienes se constituyen en el público usuario de las normas y quienes eventualmente, podrían ser perjudicados por el magistrado prevaricador. Cabe precisar que la presente encuesta fue ejecutada en sedes

judiciales y fiscales, es decir que los encuestados son directos usuarios del sistema de justicia.

Se obtuvieron los siguientes resultados:

Pregunta N° 1:

Cuando un juez o un fiscal sacan una resolución contra lo que dice ley, ¿qué comete?

La primera pregunta describe la conducta típica del delito de prevaricato de derecho, buscando recabar la opinión de los pobladores respecto al reproche social que merece este tipo de conductas, si es que consideran que es un delito o solamente una falta administrativa o quizá no merezca tener persecución por parte del Estado. Se obtuvo el siguiente resultado:

RESPUESTA		CANTIDAD	PORCENTAJE
A	Comete un delito (pena de cárcel)	30	60%
B	Comete una falta administrativa	16	32%
C	No comete nada malo	4	8%
TOTAL		50	100%

Conforme se advierte de los resultados, en un alto porcentaje que alcanza el 60% se considera que al emitir una resolución en contra del texto expreso de la ley, está cometiendo un delito, frente a un 32% que considera que es una falta administrativa. Lo que llama más la atención es aquel 8% que considera que el magistrado no comete nada malo, si bien es la cifra más reducida, sin embargo, no deja de sorprender que existan personas que este tipo de conductas no merezca ningún tipo de reproche.

Pregunta N° 2:

Cuando un juez o un fiscal sacan una resolución contra lo que dice la ley, ¿qué tanto hace daño a la Administración de Justicia?

Con esta segunda pregunta se busca conocer la opinión de la población sobre el nivel de afectación al bien jurídico protegido Administración de Justicia, que se comete cuando el magistrado emite una resolución prevaricadora. Se obtuvo el siguiente resultado:

RESPUESTA		CANTIDAD	PORCENTAJE
A	No hace daño en nada	4	8%
B	Hace más o menos daño	1	2%
C	Hace mucho daño	35	70%
D	Depende de la resolución que saca	10	20%
TOTAL		50	100%

En los resultados podemos apreciar claramente el alto nivel de afectación contra la Administración de Justicia, al tener un 70% de personas que han respondido que el emitir una resolución contra lo que dice la ley hace mucho daño a la Administración de justicia; vuelve a llamar la atención que nuevamente el mismo 8% de pobladores consideren que no se afecta en nada dicho bien jurídico sumado al 2% que opina que el nivel de afectación es medio.

Por otro lado, resulta interesante el 20% que opina que la afectación dependerá del tipo de resolución que emita el juez, esto nos permite reflexionar en torno a la genérica descripción contenida en el tipo penal de Prevaricato en nuestro país, en la cual no se realiza distinción alguna sobre el tipo de resolución que emita un juez para considerarla como resolución prevaricadora, vacío que ha sido llenado por la doctrina y la jurisprudencia que descarta de ámbito de persecución del prevaricato, cuando las resoluciones emitidas son de mero trámite.

Pregunta N° 3:

Cuando un juez o un fiscal sacan una resolución contra lo que dice la ley, ¿qué tanto afecta los derechos de las personas que buscan justicia?

La tercera pregunta está dirigida a identificar la opinión de la población usuaria del sistema de justicia, sobre el nivel de afectación hacia sus derechos que considera comete un juez o fiscal el emitir una resolución o dictamen prevaricadora, esto debido a que el principal interés de las personas al acudir a los órganos de administración de justicia es hacer valer sus derechos que consideran vulnerados. Se obtuvieron los siguientes resultados:

RESPUESTA		CANTIDAD	PORCENTAJE
A	No afecta en nada sus derechos	1	2%
B	Afecta un poco sus derechos	7	14%
C	Afecta gravemente sus derechos	32	64%
D	Depende de la resolución que saca	10	20%
TOTAL		50	100%

Podemos observar un alto porcentaje de personas que consideran que se afecta gravemente sus derechos cuando se emite una resolución contra lo que dice la ley alcanzando un 64%, si bien se reduce a 2% el porcentaje de personas que no se sienten vulnerados en sus derechos con la emisión de resoluciones prevaricadoras, sí llama la atención que las personas que consideran que el nivel de afectación a sus derechos es mínimo, llegando a un 14%, por encima de los que consideraban que se afectaba en poca medida a la administración de justicia con este tipo de resoluciones.

En coherencia con el porcentaje obtenido en la pregunta anterior, se mantiene un 20% de personas que consideran que la afectación depende del tipo de resolución que se emita, aspecto que lamentablemente no es tomado en consideración por los legisladores nacionales.

Pregunta N° 4:

¿Sabe qué es el delito de prevaricato?

Esta pregunta que quizá se pueda considerar debió iniciar la presente encuesta, sin embargo su ubicación con la denominación legal específica consignada en el Código Penal, que no fue consignada en las primeras preguntas, busca conocer si la población conoce de la existencia de éste delito, esto nos va permitir cotejar si la baja incidencia de casos por delito de prevaricato y su reducción a meras infracciones administrativas, podría deberse al desconocimiento de la población o pueda que existan otras causales. Se obtuvieron los siguientes resultados:

RESPUESTA		CANTIDAD	PORCENTAJE
A	No conoce	38	76%
B	Sí conoce	9	18%
C	Sí conoce y ha denunciado	3	6%
TOTAL		50	100%

Y efectivamente, se tiene un 76% del público encuestado que no conoce de qué se trata el delito de prevaricato, ello explica en principio la baja incidencia de investigaciones seguidas contra magistrados por la comisión de éste delito, pues si no conocen del mismo, cómo podrían denunciar cuando se cometen; además de ello, el desconocimiento de éste delito también podría significar que las denuncias que se presentan no constituyan prevaricato sino infracción administrativa, quedando en manos del operador de justicia la calificación, que como ya advertimos en la primera encuesta descrita, tampoco tienen muy claro la configuración del prevaricato y su distinción frente a una infracción administrativa.

Se debe mencionar que el bajo nivel de conocimiento de usuarios que conocen de qué se trata el delito de prevaricato que alcanza un 18%, podría verse mucho más reducido si hablamos de los usuarios del sistema de justicia en las provincias más alejadas de Ayacucho, donde existe también un alto porcentaje aún de analfabetismo que no ha

logrado desterrar el Estado hasta el momento, lo que incrementa la posibilidad de incidencia no denunciada de delitos de prevaricato; más aún cuando del total de encuestados sólo el 2% ha denunciado a algún magistrado por la comisión de éste delito, tomando en cuenta que la población encuestada son aquellos que han acudido a alguno de los órganos del sistema de justicia, pues la encuesta ha sido realizada en dependencias judiciales o fiscales.

Pregunta N° 5:

¿Conoce de algún juez o fiscal que haya sido condenado por delito de prevaricato?

La última pregunta busca ahondar un poco más sobre el conocimiento de los casos de prevaricato ocurridos en Ayacucho, una de las regiones consideradas con mayores índices de pobreza extrema y analfabetismo por un lado, y por otro lado de alta incidencia en delitos que mueven millones de dólares como son el tráfico ilícito de drogas y el lavado de activos; delitos que en otras regiones han torcido voluntades de los operadores del sistema de justicia, casos que en Ayacucho no se han conocido, sea porque no se cometen o porque no se denuncian. La importancia del conocimiento del delito de Prevaricato está en que se cumpla con los fines de prevención general para evitar la comisión de éstos delitos. Se obtuvieron los siguientes resultados:

RESPUESTA		CANTIDAD	PORCENTAJE
A	Ninguno	44	88%
B	Sí conoce	6	12%
TOTAL		50	100%

En correspondencia con los resultados obtenidos en la pregunta anterior, se tiene que un 88% de encuestados no conoce un solo caso de magistrados condenados por delitos de prevaricato frente sólo un 12% que sí conoce de algún caso; cifra obviamente mayor que la obtenida en la encuesta aplicada a los operadores de justicia, quienes al tener un mayor contacto con este delito por su labor diaria, pueden conocer los casos de

magistrados condenados por Prevaricato, pero en quienes, aún así, también es alto el desconocimiento por la baja incidencia de casos.

3.1.3- Análisis de las entrevistas a especialistas:

En la presente investigación se realizaron dos entrevistas a especialistas en la investigación por delito de Prevaricato. Siendo los entrevistados los siguientes:

- 1- Dr. Serapio Edmundo Miranda Gutiérrez** – Fiscal Superior Titular de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Ayacucho, quien realizó tuvo a su cargo el Proceso Penal seguido contra Mabilo Zózimo Valdivia Acevedo en su actuación como Juez Mixto de Chungui, por la comisión del delito de Prevaricato; único proceso que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la República vía Recurso de Nulidad, en el cual se declaró fundada la apelación presentada por el Fiscal entrevistado y nula la sentencia que absolvió al acusado.
- 2- Dr. Rigoberto Basilio Parra Rodríguez** – Fiscal Superior Titular, quien cuenta con una trayectoria de más de 10 años en órganos de Control encargados de calificar y proseguir con las investigaciones de las denuncias por delito de Prevaricato, tanto en la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Ayacucho como de Ica.

El resultado obtenido en las entrevistas realizadas fue el siguiente:

Pregunta N° 1: ¿Considera usted que el emitir una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, constituye siempre delito de Prevaricato o podría tratarse de una infracción administrativa? Fundamente su respuesta

El Dr. Edmundo Miranda señaló no en todos los casos que se emita la resolución contra el texto expreso y claro de la ley ya es prevaricato, se tiene que ver también si cabe una

interpretación. Pues si el Juez ha fundamentado y justificado su decisión, aunque sea contraria a ley ya no obraría el prevaricato, pues el prevaricato significa que ya no hay otra forma de interpretar y que la resolución prevaricadora ya sería irracional.

Por su parte el Dr. Rigoberto Parra, señala que no siempre esa conducta es prevaricato, pues para que sea considerado como de prevaricato debe tenerse un elemento esencial, el dolo; pues solamente si la conducta es dolosa puede considerarse como Prevaricato, cuando la conducta es negligente, ahí estamos hablando de una infracción administrativa.

Como vemos, ambos magistrados coinciden en señalar que no siempre el que un juez o fiscal emita una resolución en contra del texto expreso y claro de la ley se constituye delito de prevaricato; pero las opiniones divergen cuando identificas el criterio para concluir que dicha conducta sea prevaricadora, mientras para el primero depende si se ha realizado una interpretación racional, para el segundo solo depende del dolo con que el agente haya realizado la conducta.

2. ¿Qué criterios permiten distinguir que la emisión de una resolución contraria al texto expreso de la ley, constituye delito de prevaricato o infracción administrativa?

La segunda pregunta guarda íntima relación con la primera, porque busca identificar directamente el criterio para distinguir el prevaricato de derecho de la infracción administrativa. Para el primer entrevistado, además de que el texto de la ley sea expreso y claro, no tiene que haber otra forma de interpretarlo; precisando además que incluso puede que no haya infracción administrativa si el magistrado ha justificado su decisión de manera suficiente. Por su parte, para el segundo entrevistado el criterio esencial es el dolo, la intención del magistrado de cometer dicha conducta contraria a ley y el perjuicio que se causa a los usuarios con la resolución ilícita.

Al responder esta pregunta, se ha identificado dos de los criterios de distinción establecidos en la hipótesis: la imputación subjetiva (dolo) y la afectación en los derechos de los justiciables, pero se ha adicionado un posible criterio que viene constituido por la necesidad de motivación de la interpretación que pudiera dar el magistrado en la resolución prevaricadora.

3. ¿Es posible que un magistrado emita una resolución en contra del texto expreso y claro de la ley, sin que su actuar sea doloso, teniendo en cuenta que al ser magistrado tiene inherente el deber de conocer el derecho?

Con esta pregunta se busca identificar la posibilidad de conductas no dolosas que encuadren en la descripción típica del delito de prevaricato de derecho. Así, el primer entrevistado que señala sí es posible que se emita resolución o dictamen en contra de la ley clara y expresa, sin la intención de cometer prevaricato, por cuanto un magistrado puede realizar una interpretación racional y suficientemente fundamentada que vaya en sentido contrario al establecido en la norma. Por su parte, el segundo entrevistado señaló que sí es posible que un magistrado cometa dicha conducta sin dolo, trayendo a colación los casos de magistrados en provincias alejadas con poco acceso a la información, sumado a la falta de preparación de muchos magistrados designados de manera provisional, quienes no pasan por un concurso de selección que permita tener certeza del conocimiento que tienen sobre el Derecho, problemáticas que son bastante actuales y ocasionan que se emitan resoluciones contra lo señalado en la ley, pero sin tener conocimiento de su actuar ilícito.

Los especialistas han mostrado una problemática social e institucional que adolece nuestro sistema de nombramiento de magistrados, respecto a la falta de preparación de muchos de los magistrados que son designados provisionalmente por un lado, y por otro lado la falta de acceso a los servicios básicos de información en zonas alejadas del país, donde muchos magistrados cumplen su función en condiciones precarias; aspecto

social que definitivamente repercute en el tratamiento del delito de Prevaricato y que demanda una mayor atención por parte del legislador.

4. ¿Cómo podemos acreditar el actuar doloso de un magistrado que comete prevaricato?

Esta pregunta busca resolver el problema central por el que la mayoría de casos de prevaricato son desestimados, la falta de acreditación del dolo. El primer entrevistado sostiene que como el dolo es subjetivo, por tanto es difícil poder acreditarlo, pero que sí hay rasgos con los cuales se puede identificar, como el que no haya posibilidad de interpretación alguna; sostiene además que basta con elementos indiciarios que permitan acreditar que sí tenía la posibilidad de conocer que la norma que aplicó estaba prohibido de aplicarla. Por su parte el segundo entrevistado también considera la dificultad en acreditar el dolo por su naturaleza interna, pero sostiene que actualmente es posible procesar y sentenciar mediante pruebas indiciarias, sin la necesidad de tener pruebas directas.

5. ¿Qué se protege con la tipificación del delito de prevaricato y qué se protege con la tipificación de infracciones administrativas de magistrados?

La quinta pregunta está dirigida a identificar si el bien jurídico protegido con el delito de prevaricato, tiene relación alguna con aquello que se protege al tipificar las infracciones administrativas. El primer especialista, sostiene que el prevaricato protege varios bienes jurídicos, además de la buena administración de justicia, también el respeto a las normas de un Estado de Derecho; mientras que en las infracciones administrativas se protege la correcta administración pública, en donde todo funcionario tiene un deber de garante sea como juez o fiscal o como administrativo funcionario. Posición que es compartida por el segundo entrevistado, quien señala que el Prevaricato protege la recta administración de justicia, mientras que en las infracciones se protege que la correcta administración pública, que los funcionarios en

general cumplan con los deberes que tienen como parte de una determinada institución que forma parte de la Administración del Estado, en el caso de jueces y fiscales, que cumplan con los deberes dados en las leyes de carrera judicial y carrera fiscal respectivamente.

La opinión de los especialistas en este caso, contradice en cierta medida lo sostenido en la hipótesis de la presente investigación, por cuanto se consideró como criterio de distinción entre el delito de prevaricato y las infracciones administrativas, el grado de vulneración a la administración de justicia, pero los especialistas han señalado diferentes entes de protección, la administración de justicia en el caso del prevaricato y la administración pública en el caso de las infracciones.

6. ¿Cuál es la relevancia penal para acreditar la comisión del delito de Prevaricato, el grado de afectación a los derechos de las partes producido con la emisión de la resolución prevaricadora?

Esta pregunta va dirigida a conocer si el grado de afectación a los derechos de los justiciables con la emisión de la resolución prevaricadora, puede ser considerado criterio para distinguirlo de las infracciones administrativas, por cuanto en éstas últimas se evalúa directamente la afectación sufrida, pero en el caso del prevaricato dicho criterio no se encuentra contenido en el tipo penal. En opinión del primer entrevistado, esta afectación causada a los justiciables no tiene relevancia penal para configurar el prevaricato; posición totalmente opuesta a la del segundo especialista, quien señala que sí tiene relevancia penal por cuanto, solo en los casos en que la resolución haya generado efectos en la realidad puede ocasionar una lesión efectiva al bien jurídico.

La discrepancia evidenciada en esta pregunta, nos muestra nuevamente la falta de claridad incluso de los especialistas, para el tratamiento e investigación del delito de prevaricato de derecho, falta de claridad que evidentemente repercute en la baja incidencia de las denuncias que llegan a ser admitidas y llevadas a juicio.

7. ¿Considera usted que la descripción típica contenida en el artículo 418° del Código Penal vigente que regula el delito de Prevaricato, resulta suficiente para la persecución eficaz de éste delito?, ¿Por qué?

Esta pregunta busca establecer posibles soluciones a la problemática encontrada de confusión entre el delito de prevaricato y las infracciones administrativas. Aquí ambos especialistas coinciden en señalar que debe realizarse una mayor precisión de la descripción típica contenida en el artículo 418°, señalando el primer entrevistado que debe agregarse la frase “*siempre que ya no haya otra forma de interpretar*” para que la conducta pueda ser identificada más claramente, agregando que también es necesario que se establezcan pautas para el esclarecimiento del delito de prevaricato y que a la fecha las instituciones encargadas de dar las pautas se han dado ese trabajo; mientras que el segundo entrevistado sostiene que se deben hacer precisiones en torno al tipo de resolución que se emita, por cuanto si es una sentencia condenatoria debería considerarse más grave que si fuera un auto admisorio de una demanda, o si la resolución ha afectado derechos fundamentales de una persona o solo derechos disponibles.

8. Según estadísticas del Poder Judicial, entre los años 2015 a 2017 existe solo una sentencia por delito de Prevaricato, siendo también un único caso de Ayacucho que llegó a la Corte Suprema (Expediente N° 18-2017-71 sentenciado el enero del 2018 que absolvió a Mabilo Zozimo Valdivia Acevedo) ¿Cuál considera que sería el motivo de la baja incidencia de procesos por Prevaricato en el Distrito Judicial de Ayacucho?

El primero de los entrevistados sostiene que el motivo principal es el desconocimiento del público usuario, porque denuncia prevaricato cuando la sentencia le ha salido desfavorable la sentencia, y que además el problema más que cuestión de leyes sino de política criminal, por la falta de empoderamiento de los magistrados y el inadecuado sistema de dación de las leyes en el Parlamento, además de la falta de experiencia de

quienes investigan estos delitos; precisando que el prevaricato si debe existir aun cuando haya una mínima incidencia. Por su parte el segundo entrevistado señala que el principal motivo es el desconocimiento de las personas sobre este delito, lo que hace que la mayoría de veces denuncien como prevaricato hechos que solo constituyen infracción o que genera que no se denuncien estos casos.

3.2- CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis general planteada en la presente investigación es: los criterios para delimitar la aplicación del delito de Prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas conexas son: la imputación subjetiva; la grave vulneración a la eficacia de la administración de justicia y la grave afectación a los derechos de los justiciables.

Así, se establecieron hipótesis derivadas por cada uno de los criterios señalados en la hipótesis general, las mismas que luego de la aplicación de las fichas de análisis documental, las encuestas y entrevistas, nos ha permitido corroborar dos de las hipótesis derivadas, mientras que una de ellas ha sido contrastada.

En cuanto a la primera hipótesis derivada en relación a la imputación subjetiva como criterio diferenciador del delito de prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas, se señaló que el delito de prevaricato de derecho se imputa solamente a título de dolo, mientras que la infracción administrativa puede imputarse a título de dolo o culpa.

Del análisis de las resoluciones emitidas por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Ayacucho, la misma que en los años 2015 al 2017 que abarca la presente investigación tuvo a cargo la calificación e investigación preliminar de las denuncias por delito de prevaricato, se ha corroborado la hipótesis en el sentido que el principal motivo de archivamiento de las denuncias por prevaricato es precisamente la ausencia de dolo en la conducta desplegada por el magistrado, lo que le otorga una posición

determinante a este criterio para la configuración del delito de prevaricato, reduciendo cualquier tipo de actuar negligente al ámbito de las infracciones administrativas, lo cual es también señalado en la casuística analizada, donde ante la ausencia de dolo se han remitido los casos para ser tramitados por inconducta funcional, tanto en las resoluciones de la ODCI como en las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia de Ayacucho y también en la Corte Suprema de Justicia de la República, donde igualmente se le da una posición determinante al dolo para la configuración del prevaricato, absolviendo cuando se advierte la ausencia de dolo o cuando se duda del actuar doloso del agente.

El análisis de las encuestas a los operadores de justicia también **ha permitido corroborar la primera hipótesis secundaria**, por cuanto aunque se haya advertido falta de claridad en el conocimiento de éste delito, sí han coincidido en reconocer la importancia del dolo para la distinción del delito frente a la infracción; aspecto confirmado con la entrevista realizada a los especialistas, quienes han señalado al dolo como criterio diferenciador.

En relación a la segunda hipótesis secundaria, sobre la afectación a la administración de justicia se señaló que el delito de prevaricato de derecho reprime una muy grave lesión a la eficacia en la administración de justicia, mientras que las infracciones administrativas reprimen una menor afectación a la eficiencia administración de justicia, ésta hipótesis no ha podido ser corroborada. Por un lado, su corroboración viene otorgada por el resultado de las encuestas aplicadas tanto a los operadores de justicia como a la población usuaria del sistema de justicia, quienes han coincidido en señalar que el prevaricato afecta gravemente la administración de justicia mientras la infracción administrativa cometida por un magistrado aunque también afecta, es en menor medida. No obstante, los conceptos de eficacia de la administración de justicia y de eficiencia de la misma, no son distinguidos al momento de establecer el criterio diferenciador; más aún al aplicar las entrevistas, los especialistas tampoco confirman este criterio distinto entre uno y otro, señalando inclusive que lo que protegen las

infracciones administrativas no es la administración de justicia sino la administración pública. Finalmente, tampoco del análisis de la jurisprudencia local y nacional se ha podido obtener que se utilice como uno de los criterios esenciales para la configuración del prevaricato y por ende, para su distinción de las infracciones administrativas, el análisis sobre el grado de afectación a la administración de justicia, quedando como un concepto gaseoso que si bien es citado, no es desarrollado ni priorizado al momento de decidir sobre éste delito. Por lo que, **la segunda hipótesis secundaria ha sido contrastada** con los datos obtenidos.

En lo que respecta a la tercera hipótesis específica, que establece como criterio delimitador el grado de afectación a los derechos de los justiciables, sosteniendo que la comisión del delito de prevaricato afecta gravemente los derechos fundamentales de los justiciables, mientras que la comisión de las infracciones administrativas afectan derechos de menor relevancia de los justiciables, se ha obtenido como resultado final una corroboración aunque parcial de la hipótesis.

Por un lado, en cuanto al análisis documental de las resoluciones expedidas en materia de prevaricato tanto las resoluciones expedidas a nivel del resultado de las investigaciones preliminares en ODCI, como del resultado de los procesos penales por prevaricato, en todos ellos se ha considerado dentro de los fundamentos decisorios la afectación que la resolución prevaricadora ha causado en los justiciables, lo que en varios de los casos ha sido el motivo principal para absolver incluso considerando ello como indicio para acreditar la falta de dolo, el que dicha resolución no haya causado perjuicio alguno al haber sido revocada o subsanada por el Superior por ejemplo; conclusión que es reforzada con las encuestas aplicadas a los operadores de justicia, quienes coinciden en afirmar mayoritariamente la gravedad de la afectación a los derechos de los justiciables que se genera con las resoluciones prevaricadoras y en menor porcentaje con las infracciones administrativas que cometen los magistrados; solamente en el análisis de las entrevistas realizadas a los especialistas, se ha obtenido un resultado contradictorio por cuanto, aunque uno confirme categóricamente la

relevancia de éste criterio, el otro de ellos señala que no es relevante para la configuración del delito de Prevaricato; no obstante, lo que principalmente evidencia esta posición contraria, es la falta de claridad entre los especialistas sobre las investigaciones por delito de prevaricato, dificultad que incluso es reconocida por el mismo entrevistado. Por tanto, con la salvedad señalada, podemos afirmar que **la tercera hipótesis secundaria también ha sido corroborada.**

Teniendo en cuanto el resultado de la contrastación de cada una de las hipótesis secundarias, podemos señalar que **la hipótesis principal planteada en la presente investigación ha sido parcialmente corroborada**, con la información obtenida de la aplicación de los instrumentos.

TÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1- Conclusiones

La presente investigación ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

- Existe una total falta de claridad por parte de los operadores que forman parte del sistema de justicia, es decir jueces, fiscales y abogados, en la calificación e investigación del delito de prevaricato, lo que genera confusiones al delimitar la aplicación de éste delito y su distinción de las infracciones administrativas cometidas también por magistrados; dicha falta de claridad, se ve agudizada por la falta de preocupación por parte de los órganos de Administración de Justicia en generar espacios que permitan la unificación de criterios entre los magistrados a cargo de la investigación del delito de prevaricato y también de los magistrados a cargo del juzgamiento del delito de prevaricato, dado que no existen acuerdos plenarios ni jurisprudencias vinculantes en relación a éste delito.

- Hay un profundo desconocimiento del delito de prevaricato por parte de la población usuaria del sistema de justicia, quienes incluso llegan a considerar como normal la conducta prevaricadora, generando amplios

márgenes de impunidad en los magistrados que llegar a cometer este delito, lo que se ve agudizado por las desigualdades sociales en las zonas más alejadas.

- Si bien existe uniformidad en considerar al dolo como criterio determinante para diferenciar al delito de prevaricato de la infracción administrativa, existe una incorrecta aplicación del concepto de imputación subjetiva en las investigaciones y procesos por prevaricato, pues se ha venido exigiendo una prueba específica para la acreditación de éste elemento subjetivo el tipo penal, cuando solo es necesario atribuirlo con base en criterios de referencia sociales, como el conocimiento del Derecho que está inherente en el propio rol que tiene todo magistrado, sea juez o fiscal.
- La falta de desarrollo doctrinario y jurisprudencial en relación al bien jurídico protegido en el delito de prevaricato, genera que este concepto no sea considerado en el análisis para la configuración de los elementos constitutivos del prevaricato, no pudiendo determinarse con claridad cuando corresponde su aplicación por haberse causado una lesión efectiva del bien jurídico y cuando se excluye la aplicación por no haber lesionado dicho bien jurídico.
- La falta de consideración del grado de afectación a los derechos de los justiciables en la descripción del tipo penal de prevaricato de derecho contenida en el artículo 418° del Código Penal, genera mayores confusiones en la delimitación de éste delito frente a las infracciones administrativas cometidas también por magistrados; por cuanto, al no establecer diferencias en el tipo de resolución/dictamen que emite el juez/fiscal otorga un margen muy amplio de discrecionalidad para quienes se encargan de la calificación, investigación y juzgamiento de éste delito, generando un tratamiento disímil y arbitrario.

2- Recomendaciones

A efectos de brindar visos de solución a la problemática identificada en torno a la delimitación del delito de prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas, la presente investigación permite realizar las siguientes recomendaciones:

- La realización de un Acuerdo Plenario por parte de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, en torno a la acreditación del tipo subjetivo: dolo, en los procesos por la comisión del delito de prevaricato, especialmente en torno al prevaricato de derecho que presenta mayores confusiones por su descripción genérica contenida en el tipo penal.
- El establecimiento de Fiscalías especializadas en delitos de función cometidos por magistrados y el empoderamiento del sistema de Control funcional de magistrados (jueces y fiscales), lo que en concreto significaría, trasladar la competencia para la investigación de éste delito hacia la recién creada Autoridad Nacional de Control del Ministerio Público, a efectos de profundizar en la especialización de los Fiscales especializados en control, quienes al tener las investigaciones disciplinarias a su cargo y recibir una capacitación especializada, tendrán mayores elementos de juicio para establecer los criterios de delimitación entre una conducta ilícita (prevaricato) de una inconducta funcional (infracción administrativa).
- Establecimiento de campañas de difusión sobre el sistema de control de magistrados y los delitos de función cometidos por magistrados, a efectos que la ciudadanía adquiera conocimiento y pueda hacer valer su

derecho de denunciar, cuando tome conocimiento de un magistrado que emite una resolución prevaricadora.

- Proyecto de ley que modifique el artículo 418° del Código Penal para efectos de precisar la descripción típica del prevaricato de derecho, acorde a las reformas actuales del proceso penal, e incorpore el artículo 418°-A para establecer circunstancias agravantes del delito de prevaricato en base al grado de afectación a los derechos de los justiciables de acuerdo al tipo de resolución o dictamen que se emita, conforme a la siguiente fórmula legal:

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 418°
DEL CÓDIGO PENAL E INCORPORA EL ARTÍCULO 418°-A
PARA SANCIONAR LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES**

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 418° del Código Penal sobre el delito de prevaricato, a efectos precisar la descripción de la conducta típica, e incorporar el artículo 418°-A, a efectos de establecer como circunstancias agravantes las resoluciones que vulneren derechos fundamentales de los justiciables.

Artículo 2°.- Modificación del artículo 418° del Código Penal

Modifíquese el artículo 418° del Código Penal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 418°.- Prevaricato

El juez o Fiscal que emita una resolución, disposición o requerimiento contrarios al texto expreso y claro de una ley que no tenga otro sentido racional de interpretación, o citando pruebas inexistentes o hechos falsos, o fundamentando su decisión en leyes supuestas o

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

Artículo 3°.- Incorporación del artículo 418°-A al Código Penal

Incorpórese al Código Penal el artículo 418°-A, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 418°-A.- Prevaricato agravado

La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación perpetua:

- 1- Cuando la resolución, disposición o requerimiento haya sido emitido en un proceso penal por delitos con penas mayores a diez años.*
- 2- Cuando la resolución, disposición o requerimiento haya sido emitido restringiendo indebidamente derechos fundamentales*
- 3- Cuando la resolución, disposición o requerimiento haya sido emitido afectando gravemente a personas en estado de vulnerabilidad”.*

Artículo 4°.- Vigencia de la Ley

La presente entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Bibliografía

- Frisancho Aparicio M. & Peña Cabrera R. (2002) *Delitos contra la administración Pública*. 1° ed. Lima: Fecat.
- Muñoz Conde F. (1999) *Derecho Penal Parte Especial*. 1° ed. Valencia: Tirant lo Blanch
- León Pastor R. (2000) *Sobre la Interpretación Jurídica*. 1° ed. Lima: Academia de la Magistratura.
- Rojas Vargas F. y otros. (2007) *Código Penal. 16 años de jurisprudencia*. 3° ed. Tomo II. Lima: IDEMSA.
- Rojas Vargas F. y otros (2014) *La Imputación del Delito y de la Pena en los Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*. 1° ed. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro.
- Arbulú Martínez V. J. y otros. (2011) *Estudios Críticos de Derecho Penal Peruano*. 1° ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- Benavente Chorres H. y otro. (2012) *Delitos de Corrupción de Funcionarios*. 1° ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- Heidegger F. (2013) *Delitos Contra la Administración Pública*. 1° ed. Lima: Centro de Estudios Penales - Editorial IDEMSA.
- Rojas Vargas F. (2012) *Derecho Penal Práctico, Procesal y Disciplinario Dogmática y argumentación*. 1° ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Peña Cabrera Freyre A. R. (2011) *Delitos contra la Administración de Justicia*. 1° ed. Lima: Editorial Rodhas.

Nieto García A. (2007) *Régimen sancionador de las administraciones públicas*. España: Cuadernos de Derecho local. N° 14, 2007.
Disponible en: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/>.

Morón Urbina J.C. (2015) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 11° ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Hernández Sampieri R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2003): *Metodología de la Investigación*. McGraw-Hill Interamericana. 6° ed. México, DF: Mc. Graw Hill Education /Interamericana Editores S.A. de C.V.

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: El delito de Prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas en el distrito Judicial de Ayacucho del 2015 al 2017

RESPONSABLE: Abog. Katty Candy Jara Jancco

PROBLEMA	OBJETIVO	MARCO TEÓRICO	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA PRINCIPAL:</p> <p>¿Cuáles son los criterios para delimitar la aplicación del delito de Prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas en el distrito Judicial de Ayacucho entre los años 2015 al 2017?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Establecer los criterios para delimitar la aplicación del delito de Prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas en el distrito Judicial de Ayacucho entre los años 2015 al 2017.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Estudio de la Legislación Nacional. - Estudio de la Legislación Internacional. - Estudio de la doctrina nacional - Estudio de la doctrina internacional. - Análisis de la Jurisprudencia regional y nacional. 	<p>HIPÓTESIS GENERAL</p> <p>Los criterios para delimitar la aplicación del delito de Prevaricato de derecho frente a las infracciones administrativas conexas son: la imputación subjetiva; la grave vulneración a la eficacia de la administración de justicia y la grave afectación a los derechos de los justiciables.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE:</p> <p>Delito de Prevaricato de derecho.</p> <p>Dimensión: <u>imputación subjetiva</u></p> <p>Indicadores:</p> <p>Número denuncias por Prevaricato Número de resoluciones archivando denuncias por prevaricato por falta de dolo. Número de sentencias de la Corte Suprema que absuelven por Prevaricato por falta de dolo. Opinión de magistrados contralores</p> <p>Dimensión: <u>Incidencia en la afectación a la administración de justicia</u></p> <p>Indicadores:</p>	<p>Tipo de Investigación: Básica</p> <p>Nivel de Investigación: Descriptiva</p> <p>Método: Deductivo</p> <p>Técnicas de Recolección de Información: Documental Cuestionario Entrevista</p> <p>Instrumentos: Fichas bibliográficas Ficha de Registro de datos Expedientes Registro anecdótico Encuestas Guía de Entrevistas</p> <p>Fuentes: Bibliográficas Normas Tratados Docentes</p>
PROBLEMAS SECUNDARIOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS:		HIPÓTESIS ESPECÍFICAS		

<p>1. ¿Cuál es la diferencia entre la imputación subjetiva en el delito de Prevaricato de Derecho y en las infracciones administrativas?</p> <p>2. ¿Cuál es el nivel de vulneración contra la administración de justicia en el delito de Prevaricato de Derecho y en las infracciones administrativas?</p> <p>3. ¿Cuál es el grado de afectación en los derechos de los justiciables en la comisión del delito de Prevaricato de Derecho y en la comisión de las infracciones administrativas?</p>	<p>1. Establecer la diferencia entre la imputación subjetiva en el delito de Prevaricato de Derecho y en las infracciones administrativas</p> <p>2. Determinar el nivel de vulneración contra la administración de justicia en el delito de Prevaricato de Derecho y en las infracciones administrativas.</p> <p>3. Establecer el grado de afectación en los derechos de los justiciables en la comisión del delito de Prevaricato de Derecho y en la comisión de las infracciones administrativas.</p>		<p>1- El delito de prevaricato de derecho se imputa solamente a título de dolo, mientras que la infracción administrativa puede imputarse a título de dolo o culpa.</p> <p>2- El delito de prevaricato de derecho reprime una grave lesión a la eficacia en la administración de justicia, mientras que las infracciones administrativas reprimen una menor afectación a la eficiencia administración de justicia.</p> <p>3- La comisión del delito de prevaricato afecta gravemente los derechos fundamentales de los justiciables, mientras que la comisión de las infracciones administrativas afectan derechos de menor relevancia de los justiciables.</p>	<p>Opinión de magistrados Opinión de abogados litigantes Opinión de magistrados contralores</p> <p>Dimensión: <u>Incidencia en la afectación a derechos de justiciables</u></p> <p>Indicadores: Opinión de magistrados Opinión de abogados litigantes Opinión de magistrados contralores Opinión de población</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE: Infracciones administrativas.</p> <p>Dimensión: <u>Imputación Subjetiva</u></p> <p>Indicadores: Número de quejas derivadas de denuncias por prevaricato. Número de resoluciones declarando fundada la queja por infracciones</p>	<p>Investigadores</p>
--	---	--	---	--	-----------------------

				<p>conexas al delito de prevaricato.</p> <p>Dimensión: <u>Incidencia en la afectación a la administración de justicia</u></p> <p>Indicadores: Opinión de magistrados Opinión de abogados litigantes Opinión de magistrados contralores</p> <p>Dimensión: <u>Incidencia en la afectación a derechos de justiciables</u></p> <p>Indicadores: Opinión de magistrados Opinión de abogados litigantes Opinión de magistrados contralores Opinión de población</p>	
--	--	--	--	---	--



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTOBAL DE HUAMANGA
ESCUELA DE POSGRADO
Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales

CUESTIONARIO PARA POBLADORES

Se agradece responder el siguiente cuestionario con total honestidad para la veracidad de los resultados requeridos para la presente tesis, para lo cual deberás marcar con una "X" en la respuesta que consideres:

1. Si un magistrado (juez o fiscal) emite una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, ¿qué comete?:

- A) Comete un delito ()
B) Comete una falta administrativa ()
C) No comete nada malo ()

2. Si un magistrado (juez o fiscal) emite una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, ¿en qué nivel perjudica la eficacia de la Administración de Justicia?

- A) No vulnera en nada su eficacia ()
B) Vulnera medianamente su eficacia ()
C) Vulnera gravemente su eficacia ()
D) Depende del tipo de resolución o dictamen que dicta ()

3. Si un magistrado (juez o fiscal) emite una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, ¿en qué grado afecta los derechos de la población?

- A) No afecta en nada sus derechos ()
B) Afecta un poco sus derechos ()
C) Afecta gravemente sus derechos ()
D) Depende del tipo de resolución o dictamen que dicta ()

4. ¿Conoce en qué consiste el delito de prevaricato?

- A) No conoce ()
B) Sí conoce ()
C) Sí conoce y ha denunciado ()

5. ¿Conoce de algún magistrado (juez o fiscal) que haya sido condenado por delito de prevaricato?

- A) Ninguno ()
B) Sí conoce (), especifique cuántos casos: _____

GRACIAS.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTOBAL DE HUAMANGA
ESCUELA DE POSGRADO
Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales

CUESTIONARIO PARA OPERADORES DE JUSTICIA

Se agradece responder el siguiente cuestionario con total honestidad para la veracidad de los resultados requeridos para la presente tesis, para lo cual deberás marcar con una "X" en la respuesta que consideres:

Tipo de Operador de justicia:

A) Juez () B) Fiscal () B) Abogado litigante ()

1. El emitir una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, es una conducta:

- A) Puede ser dolosa o negligente ()
B) Solamente negligente ()
C) Solamente dolosa ()

2. El emitir una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley:

- A) Siempre es delito de Prevaricato ()
B) Siempre es infracción administrativa ()
C) Puede ser prevaricato o infracción administrativa ()

Si su respuesta fue **C)**, especifique de qué depende: _____

3. El emitir una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, ¿En qué nivel vulnera la eficacia de la Administración de Justicia?

- A) No vulnera en nada su eficacia ()
B) Vulnera medianamente su eficacia ()
C) Vulnera gravemente su eficacia ()
D) Depende del tipo de resolución o dictamen que se emita ()

4. Si un magistrado (juez o fiscal) comete una infracción administrativa, ¿en qué nivel vulnera la eficacia de la Administración de Justicia?

- A) No vulnera en nada ()
B) No vulnera su eficacia, pero sí su eficiencia ()
C) Vulnera medianamente su eficacia ()
D) Vulnera gravemente su eficacia ()

5. El emitir una resolución o dictamen en contra del texto expreso y claro de la ley, ¿En qué grado afecta los derechos de los justiciables?

- A) No afecta en nada sus derechos ()
B) Afecta medianamente sus derechos ()
C) Afecta gravemente sus derechos ()
D) Depende del tipo de resolución o dictamen que se emita ()

6. Si un magistrado (juez o fiscal) comete una infracción administrativa, ¿en qué grado afecta los derechos de los justiciables?

- A) No afecta en nada sus derechos ()
- B) Afecta medianamente sus derechos ()
- C) Afecta gravemente sus derechos ()
- D) Depende del tipo de infracción que cometa ()

7. ¿Cuántas sentencia condenatoria por el delito de Prevaricato conoce usted se hayan dictado en el Distrito Judicial de Ayacucho entre los años 2015 a 2017?

- A) Ninguna ()
- B) De 1 – 3 ()
- C) De 4 – 6 ()
- D) Más de 6 ()

8. Según su opinión, ¿a qué se debe la baja incidencia de procesos por Prevaricato en el Distrito Judicial de Ayacucho?

- A) Los magistrados de Ayacucho no cometen Prevaricato ()
- B) La ambigüedad en la redacción del tipo penal de prevaricato ()
- C) La genérica descripción del tipo penal de prevaricato ()
- D) La falta de preparación de los magistrados que investigan ese delito ()
- E) Otros () Especifique: _____

GRACIAS.