

## ALGUNAS NOTAS DEL DELITO DE PREVARICATO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA



**Paul Faustino Alva Ricaldi**  
Secretario Judicial

**Sumario:** 1. Ideas previas; 2. El tipo penal de prevaricato; 3. El prevaricato como delito de acción; 4. El bien jurídico en este delito; 5. Elementos del tipo penal, 5.1 Sujeto activo calificado, 5.2 Sujeto pasivo, 5.3 Elementos típicos objetivos, 5.3.1 Comportamiento típico, A. A sabiendas dictar resolución o emitir dictamen contrarios al texto expreso y claro de la ley, A.1. Dictar Resolución, A.2. Resolución, A.3. Dictamen, A.4. Ley; A.5. Contrariedad al texto expreso y claro de la ley, A sabiendas citar pruebas inexistentes o hechos falsos, C. A sabiendas apoyarse en leyes supuestas o derogadas; 5.5 Elementos típicos subjetivos: dolo; 5.6 Autoría y participación; 6. Consideraciones finales.

### 1. IDEAS PREVIAS:

Revisando algunas decisiones administrativas que abordan el delito de prevaricato advertimos la disímil conceptualización que sobre el particular se maneja. Así, sobre la conducta de inobservar un precedente constitucional de carácter vinculante se han asumido dos decisiones distintas a pesar de que ambas resoluciones tienen los mismos elementos esenciales para considerar que se trata de casos equivalentes, pues —de acuerdo a la doctrina constitucional pertinente— no existe excusa alguna para inobservar un precedente constitucional vinculante.

Evidenciando la situación que indicáramos señalemos a la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ de fecha 13 de marzo de 2006 y emitida por la Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial que dispone:

“[...] resulta pertinente **exhortar a todos los magistrados de la diferentes Cortes Superiores de Justicia de la República para que cumplan con sus deberes funcionales, así como a los Presidentes de Corte para que en el ejercicio de sus funciones contralores velen por el cumplimiento de dicho precedente vinculante** en cada uno de los órganos jurisdiccionales de sus respectivos Distritos Judiciales, bajo responsabilidad, debiendo adoptar las medidas correctivas en caso se incumpliera dicho mandato.  
POR LO TANTO: [...]

SE RESUELVE:

**Primero.- DISPONER que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional [...], respectivamente, así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse.**

**Segundo.- DISPONER, bajo responsabilidad funcional, que los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República están en la obligación de velar por el cumplimiento de dichos precedentes vinculantes, debiendo adoptar las correctivas del caso, en sus condiciones de Jefes de ODICMAS, al tomar conocimiento de las infracciones en las que hubieren incurrido los órganos jurisdiccionales respecto a los casos en que deban aplicar los citados precedentes.**

**Tercero.- PONER en conocimiento de lo resuelto al Presidente de la Corte Suprema de la República; del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial; del Congreso de la República; del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura y a las Presidencias y Jefaturas de las ODICMAS de las Cortes Superiores de Justicia de la República, para los fines de su competencia”<sup>1</sup>.**

La resolución que sanciona la inaplicación es la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 041-2010-MP-FN, publicada en el Diario Oficial El Peruano el miércoles 13 de enero de 2010<sup>2</sup> se lee que

“3. Se atribuye al denunciado [...], en su condición de Juez del Segundo Juzgado Civil de [...], la presunta comisión de los delitos de Prevaricato y Abuso de Autoridad, por haber expedido, en el proceso de amparo [...] seguido por los trabajadores de las empresas [...], contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT y otros, la Resolución N° 01 del cuaderno cautelar de fecha 11.10.2005, concediendo medida cautelar anticipada, y la Resolución N° 10 del principal, de fecha 24.03.2006, por la que amparó la demanda, declarando inaplicables a las empleadoras de los accionantes diversas normas que regulan el impuesto a la explotación de los juegos de casinos y tragamonedas y los requisitos legales de adecuación de los locales de las empresas dedicadas a dicha actividad, **en contra de los criterios sentados por el Tribunal Constitucional** en las sentencias N° 5379-2005-AA/TC (12.09.2005) y 9165- 2005-PA/TC (13.02.2006), **y del precedente vinculante dictado en la STC N° 4227-2005-PA/TC** del 02.02.2006, en el cual se confirmó la constitucionalidad del artículo 17° de la Ley N° 22796 (que sustituyó el artículo 38° de la Ley N° 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas) y de su Tercera y Décima Disposiciones Transitorias; declarándose además proscrita su inaplicación por parte de los

---

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 04 de abril de 2006, páginas 316119 a 316120.

<sup>2</sup> Ver las páginas 411091 a 411094.

---

jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

**Con esta conducta el investigado habría contravenido el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), y la Primera Disposición Final de la Ley N° 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; según los cuales los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.**

[...]

12. En el caso materia de análisis la demanda de amparo fue interpuesta por los trabajadores de las empresas [...]. Los accionantes alegaban una inminente afectación de sus derechos laborales como consecuencia de la aplicación de la citada ley a sus empleadoras, sin embargo existía ya un criterio sentado por el Tribunal Constitucional respecto a la legitimidad para demandar en tales casos.

En efecto, en la STC N° 5379-2005-AA/TC del 12.09.2005 (publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 26.10.2005), el máximo intérprete constitucional había precisado que de acuerdo al artículo 39° del Código Procesal Constitucional 'el afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo', siendo claro que si la obligación tributaria es el vínculo entre el acreedor (Estado) y el deudor tributario, mal podrían los demandantes en su calidad de trabajadores de la empresa deudora, alegar afectación directa de sus derechos, cuando no forman parte de dicha relación jurídico tributaria.

**No obstante, el Juez investigado admitió la demanda de amparo y prosiguió el trámite del proceso hasta declararla fundada, apartándose conscientemente del criterio sostenido por el Tribunal Constitucional. [...]**

14. Llegado el momento de sentenciar, **el investigado expidió la Resolución N° 10, del 24.03.2006, apartándose expresamente del precedente vinculante establecido en la STC N° 4227-2005-PA/TC del 02.02.2006 (fs.17/31), sobre la base de argumentos totalmente contrarios a los expuestos por el Tribunal Constitucional, discutiendo así la interpretación que sobre las normas cuestionadas había efectuado ya el máximo intérprete constitucional.**

No tuvo en cuenta que incluso el 02.03.2006, esto es, antes de que expida sentencia, se había publicado en la página web del Tribunal Constitucional la STC N° 9165-2005-PA/TC del 13.02.2006 (fs.32/41), correspondiente al proceso de amparo promovido directamente por [...], con similar pretensión a la del proceso que el investigado venía conociendo [...]. Sentencia que declaró infundada la demanda bajo los mismos argumentos que habían sustentado poco tiempo antes la STC N° 4227-2005-PA/TC, fijada como

precedente vinculante. Es decir, que ante idéntica pretensión a la que conoció el juez investigado [...] el Tribunal Constitucional ya había confirmado la constitucionalidad de las normas cuestionadas, de manera que las mismas debían ser observadas en adelante por los demás órganos del Estado, incluido el Poder Judicial.

**15. El investigado aduce en su defensa que no cabe imputársele el delito de Prevaricato por haber contravenido un precedente vinculante, pues ello implicaría una aplicación analógica de la ley penal, que únicamente tipifica la contravención de la ley y no la del precedente.**

Sin embargo, en el caso analizado debe advertirse que **el investigado, con sus decisiones, ha contravenido las disposiciones de la Ley N° 27796, cuya constitucionalidad había sido declarada en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido en la STC N° 4227-2005-PA/TC; además de contrariar el texto expreso y claro del artículo VI del Código Procesal Constitucional y de la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establecen la vinculación de los jueces a la interpretación que de las normas haga el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, en tanto éste es el máximo intérprete de la Constitución.**

**Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial faculta a los magistrados de todas las instancias del Poder Judicial a apartarse de los precedentes obligatorios motivando adecuadamente su decisión, sin embargo, el Código Procesal Constitucional que es una norma posterior y especial en lo que respecta a la jurisdicción constitucional, establece en el artículo VII de su Título Preliminar que es el Tribunal el que puede apartarse de sus propios precedentes, por lo que tal posibilidad queda negada a los órganos jurisdiccionales ordinarios. [...]**

**17. En tal sentido, advirtiéndose de lo actuado que al expedir las cuestionadas Resoluciones 01 y 10, el investigado habría contravenido lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al inobservar los criterios sentados por el Tribunal Constitucional en las STC N° 5379-2005-AA/TC y 9165-2005-PA/TC y el precedente vinculante de la STC N° 4227-2005-PA/TC, por lo que, existen en autos indicios suficientes de la comisión del delito de Prevaricato denunciado, el cual debe ser debidamente esclarecido en sede jurisdiccional”**

Mientras que en el considerando Décimo Séptimo de la Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 003-SP-CS-PJ de fecha 22 de enero de 2010, se lee:

“Analizando el presente caso, aún cuando en la parte resolutive de la STC antes citada se dispuso que ‘...los jueces o Magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones en la que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar y declarar nulas dichas resoluciones judiciales’, es de tener presente que **el artículo 146°. 1 de la Constitución estatuye que los Jueces ‘... sólo están sometidos a la Constitución y la ley’**. En tal virtud, cuando el señor Juez Supremo [...] **emitió su voto singular procedió en ejercicio de la garantía constitucional de independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional consagrada igualmente en el artículo 139°.2 de la Ley Fundamental**; además, explicó con suficiencia su opinión jurisdiccional.

Es de destacar que el voto en cuestión se sustentó en los alcances del artículo 183° del Código Procesal Constitucional y el artículo 204° de la Constitución, **al punto de sostener que no era aplicable la sentencia del Tribunal Constitucional porque ‘...estaría atentando contra los principios de retroactividad benigna de la ley penal y del de legalidad [...] afectándose el derecho fundamental a la libertad personal’**. Más aún, extendiéndose en razones, agregó (i) que la STC aún no había surtido efecto legal y que era de aplicación la garantía de seguridad jurídica, (ii) que el Procurador Público omitió señalar cuáles eran las causales de nulidad que pretendía, y (iii) que **es obligación de los jueces reconocer la supremacía de la Constitución y la autonomía e independencia del Poder Judicial**, posición última, entendida de conformidad con los artículos 139°.2 y 146°.1 de la Ley Fundamental.

**En dicho contexto, acertada o errónea la valoración que se realizó, lo cierto es que se trató de un voto singular debidamente razonado, por ende, no puede ser objeto de sanción disciplinaria. Proceder en forma contraria, no sólo contravendría lo dispuesto por el artículo 212° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también, constituiría una grave infracción a la garantía de independencia y autonomía en el ejercicio de su función jurisdiccional, creando un nefasto precedente.**

Por tales consideraciones [...] SE RESUELVE: [...] Artículo Primero.- Absolver al señor Juez Supremo Titular [...]”.

Creemos que es fácil advertir una discrepancia en la calificación administrativo sancionatoria de conducta sustancialmente idénticas, por lo que consideramos pertinente revisar sumariamente la tipificación del delito de prevaricato y como ha sido tratada a nivel de las decisiones jurisdiccionales y administrativas.

## 2. EL TIPO PENAL DE PREVARICATO:

La tipificación penal, se encuentra descrito en el artículo 418° del Código Penal en los siguientes términos:

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

### **3. EL PREVARICATO COMO DELITO DE ACCIÓN:**

En todas sus hipótesis posibles de comisión posee naturaleza de comisión activa, vale decir es un delito de acción. En efecto los verbos: dicta, emite, ata, se apoya, son todos indicadores de conductas positivas, no siendo, por lo mismo factible cometer prevaricato mediante omisión, tampoco por comisión por omisión al tratarse de un delito especial propio de propia mano.

También se trata de un delito de resultado pues presupone la presencia de una resolución dictada y de la emisión de un dictamen, por lo que –a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de abuso de autoridad– no se requiere un daño concreto en la esfera de los intereses subjetivos de las partes procesales<sup>3</sup>.

### **4. EL BIEN JURÍDICO EN ESTE DELITO:**

El objeto de la tutela penal, la razón de existencia de la norma de prevaricación judicial y fiscal es garantizar el correcto ejercicio de la administración de justicia, preservándolo de comportamientos que comprometan la función y el servicio público, que importen abuso de poder, esto es arbitrariedades, por parte de dichos funcionarios públicos; y cuando estos hechos sucedan sancionarlos punitivamente.

La doctrina contemporánea, en forma mayoritaria y con ciertos matices, afirma que el bien jurídico tutelado en el delito de prevaricato es el correcto funcionamiento de la administración de justicia, entendida como institución fundamental para la convivencia social y desarrollo de las libertades y otros principios democráticos de cualquier país, preservándolo de comportamientos que comprometan la función y el servicio público que importen abuso de poder -esto es, arbitrariedades- por parte de dichos funcionarios públicos, es decir, de la actuación arbitraria de los que integran los órganos jurisdiccionales<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Esto se explica por el propio bien jurídico que tutela el tipo penal, que no es de dominio de ninguna de las partes procesales.

<sup>4</sup> PEÑA TERREROS, Luis. “El delito de prevaricato en la jurisprudencia y doctrina penales”. En Gaceta Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica, 2005; año 10, N° 77, p. 65.

---

Rojas Vargas nos dice al respecto que “vista desde la perspectiva mayor del ordenamiento jurídico, constituye un mecanismo extremo de control de la legalidad de la actuación decisonal de jueces y fiscales (circunscrita a los dictámenes) conforme a derecho y a justicia oficial”<sup>5</sup>; y es que El servicio público de impartimiento concreto de justicia se ve afectado cuando se lesionan las expectativas legítimas de justicia de la ciudadanía a tener una respuesta oficial bajo estándares mínimos y suficientes de profesionalismo, ponderación y racionalidad

## **5. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL:**

### **5.1 Sujeto activo calificado:**

Se trata de un delito especial propio singularizado por la reducción en extremo del círculo posible de autores. Sólo los Jueces y Fiscales pueden cometer este delito y exclusivamente en un contexto de vinculación funcional estricta, ya que el tipo penal exige que la conducta típica se halle vinculada al acto de dictar resolución o emitir dictamen<sup>6</sup>; vale decir, los demás actos procesales de dichos funcionarios son inidóneos o irrelevantes para apreciar en ellos la posibilidad de conducta prevaricadora<sup>7</sup>, esto porque “el bien jurídico como unidad funcional solo surge cuando el sujeto obligado (juez o fiscal) desempeña el papel que le está asignado en la institución”<sup>8</sup>. Por ello, para que hablemos de prevaricato, en consecuencia, la condición sine qua non es que exista previamente un proceso y, dentro del cual, es el magistrado quien comete este delito<sup>9</sup>.

Con exclusividad en esta modalidad de prevaricato sólo el Juez y Fiscal pueden ser autores, considerados en todos sus niveles o jerarquías (Jueces de paz, de primera instancia, vocales superiores y supremos; Fiscales Provinciales, superiores y supremos), competencias por materia (penales, laborales, civiles, de familia, etc.) y jurisdicciones (civil común, militar).

---

<sup>5</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. “El elemento subjetivo ‘a sabiendas’ en el delito de prevaricato: comentarios y problematizaciones”. En Estudios de Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Lima: El Jurista, 2004; p. 446.

<sup>6</sup> La razón radica en que “el fundamento de la imputación del delito de prevaricato se encuentra en la infracción de un deber positivo extrapenal, el cual no se deriva de la relación del sujeto con el Estado, sino de la posición jurídica que ostenta el juez respecto de la Administración de Justicia, es decir, de la responsabilidad institucional que posee el magistrado”.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “¿En qué consiste el delito de prevaricato? Análisis del artículo 418 del Código Penal?”. En Actualidad Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica, 2005; N° 140, p. 75.

<sup>7</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. “El elemento subjetivo ‘a sabiendas’ en el delito de prevaricato: comentarios y problematizaciones” [...]; p. 434.

<sup>8</sup> SALAZAR SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 76.

<sup>9</sup> VERA DONAIRES, Flor de María. “Elementos del tipo penal de prevaricato”. En Actualidad Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica, 2007; N° 165, p. 118.

No pueden ser autores los Fiscales adjuntos (excepto en el caso que asumen interinamente el cargo de Fiscal) ni los secretarios o relatores de juzgados y salas, en la medida que ellos no emitan dictamen ni dicten resolución, no obstante que materialmente sean ellos quienes elaboren dichos documentos, vale decir, tienen el dominio del componente material o del hecho (por lo menos de gran parte de él). Por ello nos dice Vera Donaires que

“Si, por ejemplo, el escribano o secretario redactara el proyecto de resolución cuestionada, aun queriendo dicho fallo, no comete este delito porque no está en su potestad el dictar o disponer de algo a través de la expedición de dicha resolución, la cual es facultad exclusiva de los magistrados (al estampar su firma) quienes se suponen actúan de manera independiente en el ejercicio regular de sus funciones”<sup>10</sup>.

Tampoco pueden ser autores de prevaricato los jueces y fiscales que desempeñan funciones distintas a la de administración de justicia, entendida esta en tanto macro actividad estatal dirigida a la ciudadanía y cuyo contenido es la solución de conflictos de intereses jurídicamente relevantes: por ejemplo, no son autores cuando actúan administrativamente, despachando asuntos de infraestructura de personal, o en procesos disciplinarios.

La autoría puede ser unitaria o colegiada, dependiendo esto último de la existencia de colectivos de decisión u opinión. La autoría casi siempre es directa; excepcionalmente indirecta o mediata en el caso de los colegiados en los cuales uno de los Jueces utilice o instrumentalice a otro u otros. No cabe pensar en una autoría mediata de particular por la imposibilidad de reunir éste las calidades de Juez o Fiscal.

## **5.2 Sujeto pasivo:**

Sujeto pasivo, vale decir, quien capitaliza la titularidad de la lesividad del delito, es el Estado.

Sujeto pasivo del delito es el Estado o la administración pública, como titular del bien jurídico bajo tutela penal, pudiendo un particular ser agraviado o perjudicado con la resolución. Y es que no siempre existe identidad entre sujeto pasivo y víctima del delito. Esto ocurre en algunas de las modalidades delictivas cometidas por funcionarios y servidores públicos -como el delito de prevaricato en donde existen agraviados directos distintos a los entes estatales (generalmente los

---

<sup>10</sup> VERA DONAIRES, *op. cit.*, p. 119.

particulares) que resultan lesionados en sus derechos o intereses con los actos vulneratorios del bien jurídico<sup>11</sup>.

### **5.3 Elementos típicos objetivos:**

#### **5.3.1 Comportamiento típico:**

Los tres supuestos de prevaricato, o lo que es lo mismo en el tipo penal 418 se recogen tres modalidades específicas de dicho delito:

#### **A. A sabiendas dictar resolución o emitir dictamen contrarios al texto expreso y claro de la ley.**

En este supuesto se pueden apreciar los siguientes elementos normativos:

##### **A.1. Dictar Resolución:**

El núcleo rector "dictar resolución" no se restringe a su acepción ordinaria de decir o leer un texto. Su ámbito de significación es más amplio para connotar el acto jurídico de pronunciar una decisión judicial que implicará, como es obvio, la reafirmación de la vigencia del ordenamiento jurídico al otorgar, en sentido amplio, la tutela judicial requerida o aspectos concernientes a ella, o negándolos en el caso que se adscriba al contexto de la relevancia penal. El "dictar" puede comprender tanto la oralización de la resolución (lo cual necesariamente supone la existencia de un soporte material, a efectos de racionalizar el elemento de prueba) como su notificación en un contexto de formalidad y sujeción a reglas.

##### **A.2. Resolución:**

La norma se refiere aquí en términos genéricos a los documentos de producción jurisdiccional en los que se toma una o varias decisiones con efectos jurídicos, es decir, sin que la norma penal precise la materia o contenido de la misma.

La "Resolución" puede referirse a sentencias y autos, que son los documentos de producción jurisdiccional que deciden o resuelven asuntos jurídicos<sup>12</sup>,

---

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Rojas Vargas nos aclara que "Es objetable que se incluyan en el concepto 'resolución' los decretos de mero trámite, salvo que con ellos, o alguno de ellos, exista la posibilidad de decidir un asunto jurídico".

comprendiéndose asimismo las Ejecutorias de las salas supremas.

Finalmente, la norma penal no exige que las resoluciones sean firmes, esto es, se hallen consentidas o ejecutoriadas. Sin embargo, dado que los procesos judiciales han previsto la sucesión de instancias para revisar y corregir errores o deficiencias de los operadores, se entiende la flexibilidad de criterio del Fiscal o Juez para evaluar la suficiencia de tipicidad de las resoluciones no impugnadas.

### A.3. Dictamen:

Estamos aquí ante la opinión fundamentada, precedida de un marco descriptivo, emitida por el Fiscal y que va dirigido al órgano jurisdiccional, en la que dicho funcionario se pronuncia por mandato de la ley ante un caso jurídicamente relevante. El dictamen debe ser competencia del Fiscal en tanto centro de producción, lo cual descarta la posibilidad de tomar otros dictámenes técnicos como objeto normativos de interés para el delito de prevaricato.

Por no haberlo previsto la norma penal se excluyen del ámbito de relevancia penal las resoluciones emitidas en sede fiscal y que resuelven archivar investigaciones. Lo mismo resulta de aplicación con aquellas que deciden la aplicación del principio de oportunidad. En este punto existe un evidente vacío de regulación en la norma penal de prevaricato que no puede ser cubierto o subsanado a través de la interpretación, menos por los principios generales rectores del derecho penal peruano, pues en el primer caso se estaría efectuando analogía *in malam partem*, y por lo mismo utilizando mecanismos de ampliación de tipicidad prohibidos en el derecho penal peruano.

En ambos casos, resoluciones y dictámenes, deberán reunir condiciones de arbitrariedad, no sólo de ilegalidad, ser injustas, además hallarse documentadas, notificadas o incorporadas al proceso. Mientras resoluciones y dictámenes permanezcan en sus respectivos ámbitos de producción el delito aún no se habrá consumado, constituyendo a lo sumo actos preparatorios.

#### **A.4.Ley:**

La ley está tomada en sentido amplio, no sólo para denotar las de naturaleza penal ni restrictivamente a las leyes ordinarias u orgánicas. El concepto de ley nos remite a las reglas generales del derecho y a los postulados que sustentan el ordenamiento jurídico<sup>13</sup>.

El término ley comprende a los dispositivos constitucionales, a las leyes orgánicas, ordinarias, a los decretos legislativos, decretos de urgencia, incluso a los decretos leyes y las ordenanzas municipales en su contexto de vigencia. Las reglamentaciones de las leyes ingresan al campo comprensivo del término "ley" al formar parte de la misma. Situación que nos da la pauta para inferir que no sólo son leyes las producidas por el Congreso, sino que existen múltiples centros de producción de dispositivos legales.

#### **A.5. Contrariedad al texto expreso y claro de la ley**

Esta exigencia se basa en que la posición del magistrado [juez o fiscal] de garante de la efectiva realización del Derecho, y porque el juez o fiscal está sujeto a la ley; ahora bien, conforme advierte Salazar Sánchez

“Esto significa que la sujeción del juez a la ley no debe entenderse como sujeción del juez a la voluntad del legislador, sino como sujeción del juez a la razón constitucional (razón del pueblo). Es decir, el sometimiento del juez a la ley, conforme a las exigencias del Estado Constitucional, no es sinónimo de sujeción del Poder Judicial al Poder Legislativo, sino que, al ejecutar la ley, el juez no hace otra cosa que operar como garante de lo lícito, como garante de la ley. No puede ser de otro modo, porque para los jueces la sujeción a la ley es la esencia de su actividad y concreción de su estatus que le otorga la Constitución,

---

<sup>13</sup> Las condiciones de validez requeribles por toda ley, tales como: órgano legítimo de producción, publicación, generalidad, obligatoriedad, etc., son características a tomar muy en cuenta al momento de definir y configurar el vocablo "ley" enfatizado por la norma penal de prevaricato.

ROJAS VARGAS, Fidel. “El elemento subjetivo ‘a sabiendas’ en el delito de prevaricato: comentarios y problematizaciones” [...]; p. 452.

---

pues la potestad jurisdiccional tiene como objetivo único la aplicación del Derecho vigente”<sup>14</sup>.

La contradicción entre la resolución y la ley, debe ser tanto subjetiva como objetiva. El juez no solo debe creer que resuelve en contra de la ley que invoca, sino que además es necesario que la resolución la contradiga. Cuando el tipo se refiere al texto expreso y claro de la ley, debe entenderse por la ley invocada<sup>15</sup>.

En este caso, es de destacar que es de la propia resolución cuestionada que se desprende esta contradicción entre la norma aplicada, con la decisión adoptada por el juzgador, es decir, se invoca una ley que dice una cosa y lo resuelto es contrario a lo que dice dicha ley. Solo de esta manera se advertiría objetivamente el cumplimiento del tipo<sup>16</sup>.

Esta frase vinculante de contrariedad al texto expreso y claro de la ley presupone:

- **La preexistencia de ley.** Al no existir norma específica sobre la materia le faltará tipicidad al supuesto de hecho imputado. Lo mismo pasará de no existir regulación normativa. La actuación lesiva conforme a ámbitos permitidos de discrecionalidad pueden generar arbitrariedad pero no relevancia por prevaricato.
- **Que la ley tenga un texto expreso y claro.** Ello quiere significar la presencia de una formulación legal explícita, escrita, preexistente, como también precisa, evidente por su sola presencia, manifiesta, sin que para desentrañar su sentido se requiera de mecanismos sofisticados de interpretación. Se observa aquí un mensaje dirigido a la interpretación literal como suficiente para dar contenido al término "claro" consignado en la norma penal. Tanto las adjetivaciones "expreso y claro" deben ser motivo de evaluación reflexiva y rigurosa por el intérprete.

La jurisprudencia aplicable sobre este punto es la siguiente:

---

<sup>14</sup> SALAZAR SÁNCHEZ, *óp. cit.*, p. 76.

<sup>15</sup> PEÑA TERREROS, *óp. cit.*, p. 67.

<sup>16</sup> VERA DONAIRES, *op. cit.*, p. 117.

- **Prevaricato: no hay contradicción al texto expreso y claro de la ley cuando la denuncia se ampara en jurisprudencia y doctrina contraria a lo determinado del juez:**

**“Primero:** La recurrente sostiene-básicamente- que en la resolución venida en grado no se ha tomado en cuenta que ha formulado denuncia contra la magistrada en referencia por el delito de Prevarícalo, pues ésta habría emitido resolución contrariando el texto expreso y claro de la ley que prevé que las faltas prescriben al año [...]

**Segundo:** En cuanto al delito de Prevaricato debe precisarse que en el caso de autos se ha imputado a la magistrada en referencia la conducta de emitir resolución contrariando el texto expuso y claro de la ley, esto es, haber emitido la resolución [...], mediante la cual declaró No Ha lugar a la prescripción de la acción penal solicitada por la señora [...], que el objeto de discusión en este caso, es sí la magistrada ha emitido resolución contrariando el art. 440° Código Penal que prevé en un año el plazo de prescripción de la acción penal en las faltas y haber aplicado el último párrafo del artículo 83° C.P., sobre el plazo extraordinario de prescripción,

**Tercero:** [...] En el caso de las faltas, la recurrente sostiene la inaplicabilidad del plazo extraordinario de prescripción, por lo que según su criterio sólo sería aplicable el plazo previsto en el art. 440° C.P. Al respecto, cabe sostener que no existe ningún fundamento para sostener la imposibilidad de aplicar el último párrafo del art. 83° C.P., puesto que el propio art. 440° C.P. prevé que: ‘son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero’ del Código Penal, que contiene la parte general y por ende, las normas sobre prescripción. Si bien, podría sostenerse que el legislador ha efectuado un tratamiento particularizado de ciertos institutos en el ámbito regulatorio de las faltas, sin embargo esto debe entenderse -en el caso de la prescripción- sólo para efecto; de fijar un plazo ordinario de prescripción especial, previsto en un año -y dos, en casos de reincidencia-, el que guarda proporcionalidad con el menor grado de reproche penal de este tipo de infracciones, mas no para desconocer el plazo extraordinario de prescripción,

cuya aplicación se encuentra prevista en el propio art. 44° C.P.; asumir una posición contraria, implicaría defraudar la norma penal y posibilitar la impunidad, así como desconocer las posibilidades de persecución penal en los supuestos de interrupción del plazo de prescripción y por ende imposibilitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Siendo así, la magistrada cuestionada no habría incurrido en delito de Prevaricato, por no haber contrariado ninguna norma legal; a lo sumo, si bien podría considerarse que en la doctrina y jurisprudencia pueden existir diferentes posiciones sobre el tema antes referido, esto en modo alguno implica la comisión del referido delito”<sup>17</sup>.

- **Prevaricato: no hay contradicción al texto expreso y claro de la ley cuando la denuncia se ampara en jurisprudencia y doctrina contraria a lo determinado del juez:**

“CUARTO.- Que, sin embargo, se observa de lo actuado, que **los cuestionamientos realizados por el recurrente, corresponden al análisis interpretativo de los delitos denunciados - Defraudación y Asociación Ilícita para Delinquir-**, los que para el Fiscal Superior cuestionado, según las circunstancias de los hechos acontecidos, no reunían los presupuestos jurídicos, establecidos por ley, para amparar la Queja de Derecho interpuesta; actuación fiscal que no puede ser atribuida como Delito de Prevaricato, agregado a ello, que **para su configuración se requiere del dolo en el accionar del agente**, lo que no se advierte en el presente caso, **al ser materia de cuestionamiento, la interpretación de la norma, según la jurisprudencia y la doctrina**; por lo que mal podría señalarse que el Dr. [...], al emitir la Resolución en la Queja N° 060-09, habría incurrido en el delito de Prevaricato”<sup>18</sup>.

- **Prevaricato: contradicción al texto expreso y claro de la ley:**

---

<sup>17</sup> Resolución N° 132-2010-MP-F.SUPR.C.I., de fecha 25 de enero de 2010, recaída en el caso N° 596-2008-LIMA, considerandos Tercero y Cuarto.

<sup>18</sup> Resolución N° 1949-2009-C.I.LIMA, de fecha 02 de octubre de 2009, recaída en el caso N° 732-2009-LIMA.

---

“Primero: Los cargos que se atribuyen a los denunciados consisten en haber emitido dictámenes y resoluciones contrarios al texto expreso y claro de la ley N° 27507 (Art. 4o) -del 13 de Julio del 2001- y la Ley N° 28704 (Art. 3o) -del 05 de Abril del 2004-, que prohibía la concesión de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional en los casos de sentenciados por el delito de Violación Sexual, tipificados en el art. 173 y 173-A del Código Penal.

Segundo: A) Sobre la aplicación de las normas procesales en el tiempo, como es del caso de las normas que establecen los presupuestos, prohibiciones y recepción de los beneficios penitenciarios, el Tribunal Constitucional, en las causas N° 2196-2002-HC/TC -del 10 de Diciembre del 2003-, 1593-2003-HC/TC -del 30 de Enero del 2004-, 1594-2003-HC/TC -del 21 de Abril del 2004- y 1442- 2004-HC/TC -del 23 de Junio del 2004- ha señalado, en jurisprudencia vinculante, que "la legislación aplicable para resolver un determinado acto procesal, como el que atañe a los beneficios penitenciarios, está representado por la fecha en la cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio, esto es, al momento de presentar la solicitud de acogimiento al mismo"

[...]

En tal sentido, la legislación aplicable, para resolver el otorgamiento de un beneficio penitenciario, es la que se encuentra vigente al momento en el que se presenta la solicitud para acogerse a un beneficio penitenciario, conforme se desprende de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional.

Siendo esto así, el Art. 4 de la Ley N° 27507 y el art. 3 de la Ley N° 28704 resultaban plenamente aplicables, a los casos que suscitaron la presente denuncia.

C) Finalmente, cabe precisar que desde que se promulgó la Ley N° 27507 –el 13 de Julio del 2001-, y la Ley N° 28704 -el 05 de Abril del 2006-, la posibilidad de conceder los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional, en los casos de sentenciados por el delito de violación sexual, tipificados en los artículos 173 y 173-A del Código Penal, **estuvo prohibida.**

[...]

RESUELVE: Declarar FUNDADO el Recurso de Apelación...] por Procurador Público a cargo de la Defensa del Poder Judicial; en consecuencia: NULA la Resolución s/n, de fecha 13 de Agosto del 2008, expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Ancash, en el extremo que declara INFUNDADA la denuncia interpuesta contra los doctores [...] por el presunto delito de Prevaricato”<sup>19</sup>.

- **Prevaricato: contradicción al texto expreso y claro de la ley:**

“2. Se atribuye al Juez investigado la presunta comisión del delito de Prevaricato, por haber expedido en el Expediente N° 678-2008, las Resoluciones [...], por las que admitió a trámite y declaró fundada la demanda de Hábeas Corpus presentada por [...]; dejando así sin efecto el mandato de detención dictado contra este último en la Instrucción N° 213-2008, abierta en su contra por el supuesto delito de Cohecho Pasivo Específico. **No tuvo en cuenta el investigado que al no haber quedado firme el citado mandato de detención no concurría el presupuesto de procedencia de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales establecido en el segundo párrafo del artículo 4° del Código Procesal Constitucional;** y, por el contrario, resolvió el proceso de Hábeas Corpus tan sólo al día siguiente de presentada la demanda y sin aguardar la absolución que él mismo había dispuesto en el admisorio, ni recabar copias del proceso penal cuestionado, e, incluso, contrariando lo resuelto por él mismo en el Hábeas Corpus N° 343-2008, en el que declaró improcedente la demanda por no cumplirse el requisito de firmeza.

[...]

8. [...] [Que, el magistrado] En ningún momento analizó las circunstancias que en el caso concreto, le habrían permitido soslayar la aplicación del referido artículo 4° del Código Procesal Constitucional, [...] En todos ellos, si bien insiste en destacar que existe una posición doctrinaria que no exige la firmeza de la resolución cuestionada para la procedencia del Hábeas Corpus, y que el propio Tribunal Constitucional ha desconocido en ocasiones tal requisito, **empero, intencionalmente omite indicar**

---

<sup>19</sup> Resolución N° 2116-2009-MP-F.SUPR.C.I. de fecha 02 de noviembre de 2009, recaída en el caso N° 1220-2008-ANCASH.

---

que en las Resoluciones N° 01 y 02, por cuya expedición se le investiga, nunca hizo mención a la doctrina que supuestamente asumió como válida para inobservar la referida norma. Doctrina que, por lo demás, si bien puede manifestarse crítica respecto a lo establecido expresamente en la ley – como en el presente caso-, no tiene la virtualidad suficiente como para enervar su cumplimiento. La única manera en que el ordenamiento jurídico permite al Juez inaplicar una norma jurídica es a través del control difuso de constitucionalidad, el cual implica una exigencia de especial motivación que evidentemente el investigado no cumplió.

[...]

SE RESUELVE: Artículo Primero: Declarar FUNDADA la denuncia formulada de oficio contra el doctor [...], en su condición de Juez Suplente del Primer Juzgado Penal de Tumbes, por la presunta comisión del delito de PREVARICATO. Remítase los actuados al Fiscal llamado por ley<sup>20</sup>.

- **Prevaricato: contradicción al texto expreso y claro de la ley:**

“3. Se atribuye al magistrado denunciado la comisión de irregularidades punibles en el trámite del Proceso Penal N° 2002-1004-0, seguido contra [...] por la presunta comisión de los delitos Contra el Patrimonio en su modalidad de Defraudación – Abuso de Firma en Blanco y Contra la Confianza y Buena Fe en los Negocios en la modalidad de Usura, en agravio de [...]; **específicamente se le imputa haber expedido ilegalmente la Resolución de fecha 05.03.2007, concediendo 05 minutos para el informe oral solicitado por la acusada [...], después de haberse vencido con exceso el término para los alegatos de ley y de haber fijado reiteradamente fecha para la diligencia de lectura de sentencia.** Asimismo, se le atribuye haber dictado ilegalmente una sentencia [que] absolvió a la acusada a pesar de haberla convocado para la lectura de sentencia, lo cual evidenciaba que se dictaría una sentencia condenatoria. **Las irregularidades antes mencionadas serían vulneratorias de las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 124, que regula el proceso penal de trámite sumario,**

---

<sup>20</sup> Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 299 -2010-MP-FN, publicada en el Diario Oficial El Peruano, 16 de febrero de 2010, p. 413999 y ss.

**modificado por la Ley 28117, así como el artículo 33° inciso 2) del Código de Procedimientos Penales**

[...]

No obstante ello, por resoluciones [...] el Juez investigado admitió a trámite los pedidos de la defensa de la acusada y de la parte civil, concediendo el uso de la palabra para los informes orales llevados a cabo el 08.03.2007, **con lo que se vulneró la norma contenida en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 124**, según la cual la presentación de informes escritos y la solicitud de informes orales por los abogados defensores de las partes, debe realizarse en el plazo común de diez días luego de recibido el pronunciamiento del representante del Ministerio Público, y, expresamente precisa que “Vencido dicho plazo no es admisible el pedido de informe oral.”, **ignorando además que según el estado del proceso, era imperativo que el Juez pronuncie la resolución correspondiente “sin más trámite”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 124.**

Siendo así, resulta evidente que la conducta del Juez [...], **se adecua a la descripción típica del delito de Prevaricato, el cual habría sido cometido dolosamente pues como se ha mencionado anteriormente, dicho magistrado reiteradamente se avocó al conocimiento del proceso desde que se encontraba expedita para la resolución final, e incluso convocó a la acusada en múltiples oportunidades para la diligencia de lectura de sentencia, por lo que corresponde autorizarse el ejercicio de la acción penal a efecto de llevarse a cabo la respectiva investigación judicial**<sup>21</sup>.

**B. A sabiendas citar pruebas inexistentes o hechos falsos.**

Es decir, la resolución cuestionada basa su fallo en pruebas que nunca se han actuado durante el proceso o en hechos argumentados dentro del proceso y que se han demostrado que son hechos falsos y, sin embargo, así sustenta la resolución.

---

<sup>21</sup> Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 243 -2010-MP-FN, publicada en el Diario Oficial El Peruano, 09 de febrero de 2010, p. 413519 y ss.

---

No se trata de un cuestionamiento a la valoración de las pruebas, que es atribución exclusiva del juzgador y que puede ser impugnada dentro del mismo proceso y obtener su revisión, sino de que -reiteramos- no existen pruebas o las que existen son falsas y que no justifican el fallo.

La falsedad de los hechos puede consistir en que se trate de circunstancias inexistentes, como dar determinada atribución a las que existen o que existiendo se les otorga significaciones que no tienen. Pero el hecho es falso cuando el juez sabe que no existe o no existió o que no existe o existió tal como él lo presenta.

- **Prevaricato: hechos inexistentes:**

Analizados los actuados, se advierte que se encuentra acreditada la comisión del delito de prevaricato y por ende la responsabilidad penal de [...] al emitido la Resolución inhibitoria apoyándose en hechos inexistentes para dejar de conocer el caso del autor, eludiendo el cumplimiento de sus funciones, toda vez que dejó transcurrir más de treinta días para emitirla venciendo los plazos establecidos”<sup>22</sup>.

- **Prevaricato: pruebas inexistentes:**

“Tercero: Que se incrimina al procesado, en su condición de Juez Especializado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, **haber emitido la resolución** de fecha seis de diciembre de dos mil uno, **citando hechos inexistentes, y a la vez, revocando la medida coercitiva de detención por la de comparecencia restringida** de los procesados [...] en la causa seguida en su contra por el delito de tráfico ilícito de drogas, propiciando con ello que éstos se sustraigan de la persecución penal a la que se encontraban sometidos.

Cuarto.- Que, [...] el Colegiado, al expedir la sentencia de grado, ha meritado debidamente toda la prueba de cargo y de descargo aportado al proceso, determinando la responsabilidad penal del recurrente por el delito de recurrente por el delito de prevaricato, teniendo en cuenta: a) Que el sentenciado no verificó la real existencia del presupuesto que el artículo ciento treinticinco del Código Procesal Penal, en su parte in fine establece para su procedencia, es decir que nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida coercitiva personal impuesta requisito de

---

<sup>22</sup> Dictamen Fiscal Supremo recaído en la sentencia del expediente N° 6114-97, publicada en Cuadernos jurisprudenciales. Lima: Gaceta Jurídica, 2002; N° 12, p. 37.

---

vinculación entre el presunto autor y los hechos que se le imputan, considerando que [...] habían sido aprehendidos policialmente en flagrancia, habiéndoseles incautado dieciséis kilogramos con treintiseis gramos de Pasta Básica de Cocaína, así como tres kilogramos de clorhidrato de cocaína, presupuesto que no varío desde que el mismo juez acusado emitió el auto apertorio de instrucción de fojas setecientos treintitres, ordenando medida coercitiva de detención; b) Que, la resolución cuestionada, si bien refiere que ‘se han dado nuevos elementos probatorios que permitan variar la medida coercitiva’; **sin embargo, no precisa cuales son estos nuevos elementos probatorios**; y que si bien también refiere que [...] tiene acreditada su identidad con sus respectivos pasaportes y actividad laboral conocida, por lo que se presumiría que no tratará de eludir la acción de la justicia o perturbará la actividad probatoria; sin embargo, éste ha referido en su declaración instructiva, que no tiene domicilio en el Perú”<sup>23</sup>.

- **Prevaricato: pruebas inexistentes:**

“3. Se atribuye al magistrado [...], haber variado el mandato de detención por el de comparecencia restringida de los procesados [...], en la Instrucción. 2005-0417-0-2208-JRPE-01 que se les seguía por el delito de Robo Agravado y Tenencia Ilegal de Armas en agravio de [...], **sin el respectivo sustento legal y desconociendo las exigencias previstas en las normas procesales pertinentes**, constituyendo disposiciones prematuras y atentatorias contra la administración de justicia, más aún si se tiene en cuenta que como consecuencia de estas disposiciones judiciales, los procesados antes mencionados han logrado rehuir la acción de la justicia”.

[...]

8. En tal sentido nos encontramos frente a un supuesto normativo claro y expreso que exige que para que el mandato de detención sea revocado por el Juez, debe actuarse nuevos elementos probatorios que cuestionen o desvirtúen la suficiencia probatoria que justificó la privación de libertad decretada inicialmente. Sin embargo, en el presente caso, se advierte que el Juez [...], al revocar el mandato de detención ordenado contra los procesados [...], sustentó sus resoluciones [...], **en una nueva evaluación de los elementos de juicio actuados durante la**

---

<sup>23</sup> **SALA PENAL. R. N. Nº 1839-2005 TUMBES.** Publicada en Anales de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: Poder Judicial – Proyecto de apoyo a la Reforma del sistema de justicia del Perú: 2008; tomo XCIV, año judicial 2005; p. 118.

**investigación preliminar y en las declaraciones de los propios encausados en la etapa de instrucción, lo cual de manera alguna podrían ser consideradas como “nuevos actos de investigación”,** que desvirtúen la suficiencia probatoria que motivó al Juez de la causa imponer la medida de detención, más aún si de los propios pronunciamientos judiciales se advierte que las declaraciones de los encausados eran contradictorias.

9. En el mismo sentido, resulta evidente que la información incorporada al proceso consistente en la determinación del domicilio y trabajo conocidos de los encausados, así como la conducta y la aceptación de los vecinos de sus lugares de residencia, no resultan idóneos ni suficientes para desvirtuar la presunción de peligro procesal de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, pues tales circunstancias también fueron evaluadas al imponerse la medida, más aún si se tiene en cuenta que ni el domicilio o el trabajo conocidos, como tampoco la aceptación de la población, fueron lo suficientemente influyentes para impedirles cometer el grave hecho delictivo que se les atribuye, siendo evidente que lo único que pretendían los encausados en mención era lograr su libertad transitoria a fin de rehuir la acción de la justicia.

10. Las circunstancias antes señaladas desvirtúan que el Juez denunciado haya actuado en el ejercicio regular e independiente de su función jurisdiccional, pues esta independencia no otorga a los magistrados la facultad de resolver en la forma que estimen más conveniente a sus intereses o a los de las partes de un proceso, sino, que constituye una garantía ante cualquier interferencia, intromisión, o presión interna o externa; por tanto, si bien los jueces en su actuación judicial deben actuar con independencia y con arreglo a su criterio de conciencia, tal aplicación no debe apartarse ni contravenir el texto expreso de las leyes, por cuanto en éstas se encuentran regulados los derechos y deberes de las partes, incluyendo la actuación funcional de los jueces, así como la conducta de los ciudadanos en general y por tanto constituyen una garantía para éstos y son la base de la seguridad jurídica de un país. Siendo así, resulta evidente que el Juez [...], al decretar la variación de la medida de detención por la de comparecencia restringida de los encausados [...] vulneró el texto claro y expreso del artículo 135° del Código Procesal Penal, que establece los requisitos para la revocatoria del mandato de detención, por lo que su conducta reúne los presupuestos de configuración del

delito de Prevaricato, correspondiendo autorizarse el ejercicio de la acción penal”<sup>24</sup>.

- **Prevaricato: hecho falso:**

“2. En la presente investigación, se cuestiona a los magistrados denunciados por su actuación en el Incidente de Libertad Provisional N° 2003-109 (derivado del proceso penal N° 2002-133), seguido contra [...] por la comisión de los delitos de Motín y otros en agravio del Estado. En concreto, se les atribuye:

El delito de PREVARICATO por haber expedido la Resolución N° 22 de fecha 14.11.2003, por la que concedieron la libertad provisional al encausado [...] basándose en un hecho falso, como es que el citado encausado “se presentó en forma voluntaria”, cuando, según el denunciante, [...] nunca se presentó voluntariamente al despacho judicial sino que fue capturado por una treintena de policías fuertemente armados y con bombas lacrimógenas después que lo redujeran la madrugada del 09.09.2003, luego que se introdujera en las instalaciones del Gobierno Regional con decenas de nativos armados.

[...]

9. De esta manera, al señalar que el procesado se había presentado en forma voluntaria (cuando en realidad fue capturado por la policía), **los denunciados basaron su decisión en un hecho falso, a partir del cual derivaron la conclusión que fue el sustento de su decisión de conceder la libertad provisional:** que no existía peligro de que el procesado rehuya la acción de la justicia. Conclusión que avalaron con otro argumento también cuestionable, como es el arraigo del procesado debido a su condición funcional. No tuvieron en cuenta, sin embargo, que el procesado había sido elegido Presidente Regional a fines del año 2002 y que luego de variársele el mandato de comparecencia por el de detención el 22.05.2003, éste había permanecido en la clandestinidad por más de tres meses hasta ser capturado, sin que a ello obste su condición funcional [...]”<sup>25</sup>.

### C. A sabiendas apoyarse en leyes supuestas o derogadas:

---

<sup>24</sup> Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 419 -2010-MP-FN, publicada en el Diario Oficial El Peruano, 01 de marzo de 2010, p. 413998, F.J. 11.

<sup>25</sup> Resolución de Junta de Fiscales Supremos N° 086-2010-MP-FN-JFS, publicada en el Diario Oficial El Peruano de fecha 22 de octubre de 2009, p. 404912 y ss.

---

La resolución cuestionada, en este caso, basa su fallo -así se lee en su texto- en una norma ya derogada o que simplemente no existe (supuesta ley). Recordemos que uno de los efectos de la publicación de una norma es que se entiende que es conocida por todos, *erga omnes*, como regla general, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Con mayor razón, debido a que su función tiene que ver con el análisis y aplicación de la norma a un hecho en concreto puesto a su conocimiento, se debe entender que los magistrados son los primeros en conocer sobre la publicación, vigencia o derogación de una ley, así como sus plazos, sus alcances y demás. En consecuencia, el juez sabe que no existe tal norma o que ya fue derogada y, aun así, la toma, la usa y la invoca para sustentar su decisión.

Dado nuestro sistema positivista, no entran dentro del supuesto en comento las citas doctrinarias o la jurisprudencia que se puedan transcribir, aunque estas sean falsas, o que se traten de opiniones divergentes, pues efectivamente son criterios que no tienen la naturaleza de obligatoriedad y mandante que emana de una ley.

- **Prevaricato: norma inexistente:**

“3. Se atribuye al magistrado denunciado la presunta comisión de los delitos de ABUSO DE AUTORIDAD Y PREVARICATO, por haber expedido la Resolución s/n de fecha 23.12.2004, mediante la cual declaró improcedente el pedido del hoy denunciante de anticipo de endoso del certificado de depósito judicial, **basándose en una inexistente Resolución Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima.** [...] Para ello habría hecho desaparecer la resolución inicial que ordenaba el endoso del certificado –en virtud de la cual incluso se había ya endosado el mismo, lo que luego trató de ocultar borrando con corrector la anotación en el título valor-; y, además, habría expedido la resolución de fecha 06.01.05, denegando la entrega del certificado de depósito judicial hasta que no se practique el peritaje judicial ordenado por la Sala Penal, con el propósito de darle tiempo al Banco de Comercio para que su demanda de Tercería de Propiedad fuese admitida y se paralizara con ello el proceso de ejecución en sede penal”.

[...]

10. De lo expuesto queda claro que lo señalado por el investigado en el fundamento único de la resolución

cuestionada, **afirmando la existencia de una resolución administrativa que fijaba un determinado horario es un dato que no se ajusta a la verdad**, ya que de acuerdo a la información oficial recabada por el Órgano de Control no existe norma alguna que establezca un horario para la entrega de los certificados de depósito judiciales, menos, pues, que fije los días martes y jueves en horas de la tarde para dicha entrega. **De manera que la resolución expedida invocando un hecho falso, como es la existencia de una resolución administrativa que en realidad no existe, configura el delito de PREVARICATO denunciado**<sup>26</sup>.

#### 5.4 Elementos típicos subjetivos: dolo:

El comportamiento prevaricador es necesariamente doloso, al no haber previsto el legislador peruano la posibilidad de comisión culposa o por negligencia inexcusable. El dolo es directo en tanto de la presencia de los reforzantes de la tipicidad subjetiva y de las características de tipicidad que se derivan de sus componentes objetivos no se hace fácil admitir una prevaricación judicial y fiscal cometido con dolo eventual.

Sin embargo la sola presencia del dolo directo no basta para perfeccionar la tipicidad subjetiva del delito, y por ello su tipicidad global, sino que es necesario que el sujeto activo haya actuado ‘a sabiendas’.

En el modelo vigente al acudir al referente “a sabiendas”, el mismo que nos sirve de pauta de interpretación para poner de manifiesto el alto grado de ilicitud subjetiva, radicada en el sujeto activo del delito, que requiere el prevaricato para asumir interés penal<sup>27</sup>.

Rojas Vargas nos dice del elemento subjetivo “a sabiendas” que “Implica que el Magistrado pese a conocer lo ilegal de su acto asume una enfática conducta de desprecio a la legalidad positiva vigente. Se trata así de una tendencia interna de estricta naturaleza cognoscitiva

---

<sup>26</sup> Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 298 -2010-MP-FN, publicada en el Diario Oficial El Peruano, 16 de febrero de 2010, p. 413996 y ss.

<sup>27</sup> La crítica a este elemento típico subjetivo proviene de Salazar Sánchez quien considera la prueba de la concurrencia de dicho elemento es muy intrincada, así indica que “bastaría negar la relación psicológica entre la voluntad final del juez o fiscal con el contenido arbitrario de la resolución o dictamen para declarar la atipicidad de la conducta. Esto así por dos consideraciones fundamentales: por un lado, desde el punto de vista práctico (a nivel procesal) es imposible demostrar objetivamente la relación psicológica entre el autor y su hecho; por otro, los datos psicológicos son imprecisos y evanescentes y, en consecuencia, arbitrarios. Por todo ello, consideramos que dicha concepción debe quedar superada”. SALAZAR SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 78.

---

que está presente en el dolo del agente, aguzándolo y reforzándolo y que imprime un matiz especialísimo al delito de prevaricato”<sup>28</sup>.

Por otro lado el “a sabiendas” cubre todo el espectro de conductas típicas establecidas en el tipo penal de prevaricato del artículo 418, imputables al Juez o Fiscal. Opinar en sentido diverso para considerar que sólo es aplicable al dictado de resolución o emisión de dictamen le quitaría sistemacidad y coherencia a la figura penal presunción válida que el Magistrado ha actuado dolosamente al decidir contra el texto expreso de la norma, una vez descartados el error de interpretación, la negligencia o deficiencias derivadas de la ley (ley oscura, ambigua, no publicada, etc.).

Es pertinente enfatizar que el “a sabiendas” del prevaricato cumple una función de garantía para el desempeño de los Magistrados, ya que ha sido incluido en el tipo penal con el objeto de puntualizar que no todo acto vulnerador de la vigencia del texto expreso y claro de la ley ingresa al marco de relevancia penal, debiendo dilucidarse y sancionarse en los niveles administrativo o disciplinario las vulneraciones negligentes, culposas o consumadas con dolo eventual.

Al respecto, debemos agregar que el “a sabiendas” no debe ser “resumido o conjeturado sino probado; es decir, que el sujeto obró con conciencia de que faltaba a la justicia e intencionalidad deliberada de faltar a ella, en caso contrario la conducta quedaría reducida a una mera sanción administrativa, por atipicidad subjetiva”<sup>29</sup>.

En suma, el tipo penal requiere del dolo del juez o fiscal, es decir, en cualquiera de los tres supuestos señalados en la norma se desprende que el juez o fiscal:

- a. Conoce que su resolución es contraria a lo que la ley expresa y claramente dispone y que le sirve de sustento, es consciente de ello, hay conocimiento y voluntad de querer dictar esa resolución o expedir ese dictamen prevaricador, de faltar a la norma. No es prevaricato la inaplicación de la ley, aunque haya sido invocada por las partes. Podrá ser considerado un demérito, propio de un juez que desconoce la norma, pero en el que no existe la voluntad de quebrantar lo que ella manda o prohíbe; por lo que dicha conducta sería atípica’.
- b. Conoce, es consciente que los hechos o pruebas que alega y fundamentan su fallo, no se realizaron o que nunca fueron actuadas. Es evidente que su fallo se encuentra direccionado hacia

---

<sup>28</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. “El elemento subjetivo ‘a sabiendas’ en el delito de prevaricato: comentarios y problematizaciones”. En Estudios de Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Lima: El Jurista, 2004; p. 436.

<sup>29</sup> PEÑA TERREROS, *op. cit.*, p. 68.

una de las partes, pues utiliza e invoca a sabiendas hechos falsos, o les atribuye una condición que no la tiene o que nunca ocurrieron o pruebas nunca actuadas.

- c. Conoce que las leyes que invoca no existen o han sido derogadas. Reiteramos que en este supuesto no se encuentran comprendidas la jurisprudencia o doctrina que utilice para sustentar su fallo.

A nivel jurisprudencial se ha establecido:

- **Prevaricato: requiere dolo directo:**  
“El delito de prevaricato no se comete a título de culpa, es decir, no basta el descuido ni la negligencia para imputarse este ilícito, pues el tipo legal exige como condición **sine qua non el dolo**”<sup>30</sup>.

### 5.5 Autoría y participación :

Al ser la prevaricación judicial un delito de resultado, el momento de la consumación se produce cuando se dicta formalmente la resolución o se emita el dictamen. En el primer caso cuando se notifique o se haga conocer el contenido de la resolución a la persona interesada; en el segundo caso, cuando igualmente se lo notifique o se incorpore al proceso dicho dictamen.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES:

Advertimos que el presente trabajo constituye una primera aproximación al tema, por lo que nos cuidamos de arriesgar opinión sobre el mismo al inicio del presente artículo. Nuestra intención solo ha consistido en poner a consideración de los operadores del derecho la materia en cuestión para, tal vez, motivar la discusión y que se puedan concordar criterios para una mejor comprensión del tipo penal estudiado.

---

<sup>30</sup> Ejecutoria suprema del 29 de marzo de 1993, recaída en el expediente No. 316-93, Junín. En: Normas Legales. Tomo 236. P. J-29, y en: Código Penal. Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Pág. 151.

---