

TEMA A QUE CORRESPONDE EL TRABAJO: 3.) La responsabilidad penal de los funcionarios públicos

TITULO DE LA PONENCIA: El prevaricato de derecho del juez en la legislación

vigente y en el Anteproyecto de Código Penal

NOMBRE DEL AUTOR: Alexis Leonel Simaz

UNIVERSIDAD: Facultad de Derecho de la UNMDP.

CORREO ELECTRONICO: mptco1@yahoo.com.ar

EL PREVARICATO DE DERECHO DEL JUEZ EN LA LEGISLACION

VIGENTE Y EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL

Por Alexis L. Simaz

SUMARIO: I.) INTRODUCCION; II.) UN POCO DE HISTORIA; III.) EL BIEN

JURIDICO PROTEGIDO; IV.) EL SUJETO ACTIVO; V.) EL HECHO

PUNIBLE;

ASPECTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS; VI.) EL PREVARICATO

CULPOSO EN EL

ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL ARGENTINO Y EN EL CODIGO PENAL

ESPAÑOL; VII.) CRITICAS Y CONCLUSIONES.

I.) INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto analizar el art. 269 del Código Penal Argentino

referido al delito denominado prevaricato del juez, el cual mantiene su redacción originaria que le

diera la ley 11.179, sólo actualizado en su párrafo primero con relación a la pena de multa.

No trataré aquí la prisión preventiva ilegal regulada en el artículo siguiente, ni el prevaricato cometido por los auxiliares de justicia u otros funcionarios públicos previstos en los

arts. 271/2, como tampoco los casos de denegación o retardo de justicia (arts. 273/4), que en nuestra

legislación -a diferencia de otras comparadas o del propio Código Tejedor-, se encuentran

independizados del prevaricato “a secas”, sin perjuicio de hacer las referencias que considere oportunas.

La norma a analizar (párrafo primero del art. 269) prevé dos conductas diferentes: **a.)**

dictar una resolución contraria a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo juez; y **b.)**

citar para fundarla hechos o resoluciones falsas. Es decir lo que tradicionalmente se denomina

prevaricato de derecho y de hecho.

La doctrina y jurisprudencia han esclarecido sin mayores inconvenientes qué debe

entenderse por los términos: “resolución” “ley” y “juez”, como también el aspecto subjetivo de la

figura, entre otros problemas que iremos desarrollando brevemente en las próximas líneas.

Sin embargo, existe a mí entender un inconveniente que se ha relativizado o subestimado en general, o que en todo caso no se le ha dado la importancia que merece. Me refiero

al carácter parcialmente indeterminado del derecho, como así también a la dificultad de establecer

claramente los hechos juzgados, toda vez que la indeterminación lingüística (y otros tipos de

indeterminaciones) igualmente concurre en este último supuesto, ya que los hechos se expresan en palabras del lenguaje natural.

Más allá que esta figura penal se origina en Roma, quienes reprimen uniformemente

con penas talionales al delito de prevaricato como otras formas de denegación de justicia, son las

primeras codificaciones penales que surgen inmediatamente después de la Revolución Francesa,

donde como sabemos el juez era concebido como la boca de la ley, es decir, se pensaba con

ingenuidad que la ley era tan clara que no requería interpretación, por lo tanto el juez era un mero

aplicador o ejecutor del derecho. Tal fue así bajo la vigencia del Código Napoleón que si existían

dudas sobre la solución del caso, el problema era resuelto por el poder legislativo para que él,

mediante un *référe* declarase el sentido de la ley. Así nació la Escuela de la exégesis con su

aplicación mecanicista de la ley, (1) y, posteriormente, el conceptualismo alemán, siendo el

postulado fundamental y esencial de estas escuelas, la aceptación dogmática de la fuerza obligatoria

del derecho, lo que ha tenido enorme influencia en el estudio del derecho hasta nuestros días.

¹ Docente regular del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNMDP.

3

La aplicación de las normas jurídicas a la realidad se suele describir como resultado

de un silogismo en el que la premisa mayor la constituye una norma jurídica completa, la inclusión

de un “caso” de la realidad en el supuesto de hecho de esa norma jurídica la premisa menor; y la

conclusión, es decir, la aplicación a ese caso de la consecuencia jurídica prevista en la norma.

La averiguación del sentido de la norma jurídica incumbe a la interpretación (premisa mayor), la inclusión del caso de la realidad en el supuesto de hecho de la norma jurídica

constituye la subsunción (premisa menor), mientras que la conclusión está constituida por la aplicación de la consecuencia jurídica.

En el derecho penal este esquema lógico viene reforzado por los principios de legalidad y oficialidad, que intentan impedir que los tribunales se irroguen funciones que sólo corresponden al legislador. Sin embargo, este silogismo no es posible reducirlo a la actividad de la lógica formal, pues la constatación de los hechos tal como han sucedido en la realidad es una tarea no exenta de dificultades. La tarea de reconstrucción de los hechos que realiza el juez es aproximativa. (2)

No abordaré en este trabajo los aspectos referidos a los hechos, (3) sino la otra conducta posible del juez, es decir, la conocida como prevaricato de derecho, individualizada precedentemente con la letra **a.**).

En tal sentido mi hipótesis de trabajo, apoyada en la tesis hartiana que entiende al formalismo y escepticismo ante las reglas como exageraciones, será crítica de la regulación legal, como así también de su mantenimiento en el Anteproyecto de Código penal para la Nación Argentina (art. 312), donde además la pena pasa a ser de prisión en la figura básica, y se agrega la tipificación del prevaricato culposo (art. 313) de raigambre española.

II.) UN POCO DE HISTORIA

En el derecho romano el prevaricato estaba reservado a aquel que prestaba concurso a la parte adversaria traicionando la propia, aunque sólo se consideraba delincuente al acusador. (4)

Nos informa Francesco Carrara (5) que la palabra prevaricato deriva del verbo *praevaricare*, lo que significa desviarse del camino recto. (6) Dicho término, a criterio del jurista, ha tenido tres significados diferentes: **a.)** en sentido lato y vulgar expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre; **b.)** en sentido jurídico amplio designa todo acto de un empleado público que se aparte de los deberes a su cargo o use de éste para un fin ilícito, y **c.)** en sentido jurídico estricto expresa los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra éstos y contra la confianza que se les otorga.

Más adelante, el autor nos explica que cuando los progresos de la civilización constituyeron el orden judicial fue necesario que se constituyera la clase de los abogados, a quienes de le confería la facultad de defender en los juicios los intereses ajenos, de modo que se debía restringir a un número de personas a las cuales, bajo las condiciones de probidad y capacidad, debía

dárseles licencia. Una vez constituida la clase de abogados o curia, como iban a concedérsele derechos especiales, debía imponérseles deberes especiales, sobre todo, el de fidelidad para con los particulares que le confiaran la controversia de sus propios intereses en las controversias forenses.

Este fue el origen de los delitos propios de los apoderados que los romanos denominaron *tergiversación*, cuando los acusadores abandonaban la acusación, y *colusión*, cuando se cometía de otro modo. (7)

También en los comienzos del derecho italiano el prevaricato estaba expresamente contemplado para los abogados, no así para los jueces u otros funcionarios públicos. Tanto el Código Penal de 1889 (arts. 222/3), como el Código Penal de 1930 (arts. 380/3) regularon figuras referidas específicamente al patrocinio del abogado. Dichas normas, ubicadas dentro de los delitos contra la administración de justicia, fueron precedidas por el Código sardo de 1853.

4

Paralelamente en todas estas legislaciones se estableció la figura del abuso de autoridad, que englobaba de un modo genérico, subsidiario y laxo diferentes tipos de actos prevaricatosos del juez. (8)

Es posible afirmar entonces que desde sus orígenes romanos -pasando por el derecho canónico e incluso en la actualidad de la legislación italiana-, que el prevaricato siempre reguló la connivencia dolosa del acusador o defensor con la parte contraria, pero no la conducta del juez.

Pero las fuentes directas de nuestra figura provienen del derecho español, que lo contemplaba en el *Fuero Juzgo y Real*, aunque en algunos casos lo identificaba con el *cohecho*. Las

Partidas adoptaron un criterio más preciso y la penalidad talional, que no es abandonada sino hasta el Código Penal español de 1928. (9)

Según el Código Tejedor (art. 385) el prevaricato del juez podía producirse de cuatro

formas diferentes: **1.)** expidiendo sentencia definitiva manifiestamente injusta, **2.)** conociendo en causa que patrocinó como abogado, **3.)** citando hechos o resoluciones falsas y **4.)** apoyándose en

leyes supuestas o derogadas. (10)

En sus notas Tejedor admite como fuentes de este artículo el *Fuero Juzgo y Real*, las

Partidas y especialmente el Código Penal español de 1848, junto a los comentarios de Pacheco,

además de otras fuentes secundarias. (11)

El proyecto de 1881 contemplaba el caso del juez que maliciosamente expide sentencia injusta, o que viola a sabiendas las leyes de procedimiento y jurisdicción (art. 137 inc. 1°).

En su exposición de motivos se explicaba que las causas o medios que producen el prevaricato son infinitos, bastando la existencia de un hecho doloso para castigar este delito.

(12)

El Código Penal de 1886 se aparta parcialmente de estos dos precedentes estableciendo que comete prevaricato: 1º) el juez que expide sentencia definitiva o interlocutoria

que tenga fuerza de tal, si fuere contraria a la ley expresa invocada en los autos, salvo prueba de que

ha procedido por error; 2.) el juez que conoce en causa que patrocinó como abogado y 3.) el juez

que a sabiendas cita hechos o resoluciones falsas.

El proyecto de 1891 reprimía al juez que expidiese resoluciones contrarias a la ley

expresa invocada por las partes o por el mismo, o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones

falsas (art. 316). El párrafo siguiente agravaba la pena si la sentencia se hubiere ejecutado, siendo

condenatoria en causa criminal.

Los proyectistas explicaban en la exposición de motivos, que el Código vigente no

sancionaba los demás casos de sentencias no definitivas, como por ejemplo el auto que ordena un

embargo no autorizado por ley, lo que hacía aconsejable su inclusión.

Asimismo, expresaban que

eliminaban la frase que ponía a cargo del juez la prueba de haber procedido por error, por no

estimar justificada esa excepción a la regla general que establece la presunción de voluntad criminal

en el autor de cualquier hecho punible, por tal razón también suprimían las palabras "a sabiendas"

del inc. 3º del art. 245 del Código Penal de 1886.

Por otro lado, referían que no hay utilidad en reprimir citas falsas cuando estas no

perjudican a los litigantes, es decir, cuando no son hechas para fundar una resolución judicial, a la

vez que explicaban que la supresión del art. 245, 2º obedecía a que existían remedios suficientes

como las causales de excusación y recusación, sin necesidad de recurrir al derecho penal. (13) Este

texto fue puesto en vigencia por la reforma de la ley 4.189 (14) y con leves modificaciones fue

recogido por el Código penal que nos rige.

Así quedó redactado el art. 269:

Sufrirá multa de tres mil a setenta y cinco mil pesos 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 1 de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores.

5

III.) EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Insertado en el título de los “*Delitos contra la administración pública*”, la cual esta

representada por el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas o judiciales en el ámbito

nacional, provincial y municipal, la tipificación del prevaricato protege específicamente la

administración de justicia, que tutela la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de

los actos en que consiste la actividad de administrar justicia, (15) y más allá que dichas conductas

lesionen, además, intereses particulares.

Agrega Vanesa S. Alfaro que el delito de prevaricación judicial protege el ejercicio

de la función jurisdiccional por magistrados imparciales y responsables sometidos al imperio de la

ley. (16)

IV.) EL SUJETO ACTIVO

Obviamente el sujeto activo de este tipo penal es el juez, unipersonal o que integre

un tribunal colegiado, sean federales o provinciales y de cualquier fuero.

También son los con jueces

por imperio de lo normado en el cuarto párrafo del art. 77 del CP., que define como funcionarios

públicos a aquellos que participan accidentalmente del ejercicio de las funciones públicas, y los

jueces de paz en la medida que resuelven cuestiones jurisdiccionales. En cambio no parece posible

que los jueces legos puedan cometer el prevaricato de derecho. (17) También quedan excluidos los

jueces de faltas municipales.

Por ser un delito especial propio y de propia mano no admite ninguna forma de complicidad, ni la autoría mediata, aunque sí es posible la coautoría en un órgano colegiado y la

instigación. Por ser un delito instantáneo se consuma con la sola firma del juez, quedando fuera del

tipo la actuación del fedatario. (18)

La parte final del art. 269 comprende por equiparación a otros sujetos como los árbitros y los amigables componedores en donde la forma de resolver los juicios es acordada por las

partes, ellos podrán ser sujetos activos de este delito en la medida de lo explicado en el párrafo primero de este punto.

V. EL HECHO PUNIBLE. ASPECTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

Como ya adelantáramos el prevaricato de derecho consiste en dictar una resolución

contraria a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo juez.

Por resolución se entiende a toda decisión de un organismo jurisdiccional. La misma

puede pronunciarse mediante sentencia, auto o decreto (CPPN, 122; CPPBA, 105).

Como se expuso en el punto II.) fue el proyecto de 1891 que modificó el término

sentencia definitiva por el de resolución, en el entendimiento que el Código vigente en ese entonces

(1886) no sancionaba los demás casos de sentencias no definitivas, como por ejemplo el auto que

ordena un embargo no autorizado por ley, lo que hacía aconsejable su inclusión.

Si bien ahora cualquier tipo de resolución dictada en un proceso judicial queda incluida, no así las que se producen en el ejercicio de la función disciplinaria o de superintendencia,

habría que analizar en los casos concretos si cualquier decreto de mero trámite o providencia

simple, pone en peligro o afecta el bien jurídico protegido, ya que si bien la ley no distingue en este

aspecto, tal resolución podría carecer en los hechos de toda trascendencia.

(19)

6

Dicha resolución debe ser contraria al texto expreso de la ley, **(20)** entendiéndose

por tal a la formulación normativa realizada por el Congreso Nacional o Provincial, de conformidad

con el procedimiento previsto en las respectivas Constituciones. *A fortiori* quedan incluidas la

Constitución Nacional y las Provinciales. En cambio, no quedan comprendidos en la norma los

decretos nacionales o provinciales, como tampoco las resoluciones ministeriales, y menos aún, los

fallos plenarios o Acordadas o Resoluciones de los Tribunales Supremos, sin perjuicio que puedan

dar lugar a la aplicación de otra sanción penal, administrativa o disciplinaria.

Alguna dificultad puede ocasionar interpretar la mención del tipo penal:

“resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo”. Ello ha sido

señalado por Alfredo Nocetti Fasolino en el sentido que puede darse el caso de que la ley expresa

invocada por las partes, no es la ley que se funda el fallo judicial, no obstante lo cual sea la justa y

correcta. (21) Guillermo Rafael Navarro, apoyándose en Soler, explica que el agregado de la invocación de la ley tiene un sentido particular que sólo se puede aclarar mediante la consideración subjetiva, por tal motivo se lo excluye en el proyecto de 1960. (22) Para Carlos Creus la resolución es contraria a la ley cuando adopta una decisión que dispone algo contrario a lo que la ley permite disponer. Asimismo, el texto refiere a la ley expresamente invocada como fundamento de la resolución, con lo cual no basta que el juez crea que esta resolviendo en contra de lo dispuesto por la ley, sino que es necesario que lo haga. El juez no está obligado a fundamentar su resolución en la ley invocada por las partes, incluso el mero hecho de no aplicar la ley alegada por las partes no es prevaricato, por más incorrecto que sea, aunque sí lo es rechazar la aplicación de la ley invocada, alegando una ley que se sabe que no dispone tal cosa.

Si nadie ha invocado la ley la figura no se da. (23) Tampoco resulta punible en los términos de este delito, la conducta del juez que cambia una interpretación pacífica suya sin motivo alguno, e incluso con la intención de favorecer o perjudicar a una de las partes, siempre que la misma se encuentre dentro del campo de referencia semántico de la ley que se trate, pues no existe resolución contraria a la ley expresa. Resulta intrascendente que la resolución haya sido revocada por el mismo juez que la dictó o por un órgano superior.

Subjetivamente la conducta exige dolo directo, cualquier otra modalidad dolosa resulta incompatible, por tal motivo el error o la culpa por más grave que fueren excluyen la aplicación de la figura. (24)

Siguiendo a Carrara, Soler afirma que el prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo, sino en la diferencia entre el derecho declarado y el conocido, agregando que la referencia del precepto a la contrariedad del pronunciamiento con el derecho invocado por las partes o por el juez mismo, tiene el sentido de señalar que el delito consiste en el intento de hacer pasar como derecho algo que positivamente se sabe que no es.

De lo expuesto se desprende que el sujeto activo debe tener conocimiento de los hechos sometidos a su decisión y la voluntad de obrar en contra de ellos. Por tal motivo la ley requiere que las resoluciones sean contrarias, no ya a la ley expresa, sino a la invocada por las

partes o el propio juez, (25) más allá del móvil que inspire la acción, que por más noble que sea resulta irrelevante.

Ya Moreno alertaba que si bien los magistrados gozan de libertad de criterio e interpretación, pueden equivocarse y si cada vez que incurriesen en errores jurídicos, fueran reos de prevaricato, todos los jueces sin excepción alguna serían delincuentes, por eso agregaba, que el prevaricato sólo existirá cuando la cita de la ley aparezca hecha de manifiesta mala fe; cuando el argumento sea forzado y no corresponda la conclusión a lo que dice el precepto legal. (26)

Resulta atinada la observación efectuada por González Rus -no obstante referirse al derecho español-, al sostener que encuadra en el delito de prevaricación aquellas resoluciones que están guiadas por un criterio abiertamente contrario a cualquiera de las interpretaciones posibles del derecho aplicable, por lo tanto, ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna de las interpretaciones del derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricato judicial. (27) En otras

7

palabras solamente podrían ser actos pasibles de encuadrar en la figura los casos claros de no aplicación.

Entiendo que se enmarca en la tesis correcta lo resuelto por la Sala Especial de la Cámara Federal de San Martín en el sentido que: “...*Los jueces en el marco de las decisiones jurisdiccionales y de trámite que se encuentran a su cargo, gozan de total independencia, tanto en orden a su valoración a fin de analizar los hechos y adecuar las conductas en función de su lógica y sana crítica, con basamento en el marco normativo vigente; como a la interpretación de las leyes cuando evalúan que la situación corresponde a una materia opinable; también se ha de contemplar la eventualidad de error de los jueces por lo que, en función de la posibilidad que aporta el sistema de revisión de sus decisiones, ello no debe ser considerado a los fines del enjuiciamiento de un magistrado. También el legislador ha entendido que, cuando quien debe llevar a cabo tal tarea, se parta de la ley expresa que haya sido invocada por las partes o por él mismo, mediante resoluciones contrarias a ella, su conducta será punible en la medida en que si actuar haya estado inspirado en la conciencia de la antinormatividad...*”. (28)

En tal sentido parece plausible la exigencia contenida en los proyectos de 1960 y

1979 que requerían que la resolución dictada contraria a la ley lo sea “a sabiendas”, lo cual despeja toda duda en el aspecto subjetivo de la conducta.

El delito queda consumado con el dictado de la resolución, ya que no requiere la producción de un provecho o perjuicio para alguna de las partes, no pareciendo posible la tentativa.

(29)

VI.) EL PREVARICATO CULPOSO EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL

ARGENTINO Y EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

El Anteproyecto de Código Penal para la Nación Argentina presentado en el año

2.006 mantiene el texto de la redacción actual en lo que hace al delito que estamos analizando, aunque modifica la pena de multa por la de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación por el doble de tiempo de la condena (art. 312). Pero innova en el artículo siguiente al introducir que:

“...El juez que por imprudencia, negligencia o inobservancia grave de derecho, dictare resoluciones u órdenes manifiestamente ilegítimas, será reprimido con prisión de UN (1) mes a DOS (2) años e inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena...”.

(30)

En la exposición de motivos la Comisión informa que siguiendo a la legislación española pero en una formulación propia, se ha tipificado el prevaricato imprudente, aunque con mayores exigencias que las otras figuras donde se prevé esa forma de imputación, debido a las características distintivas de la actividad respecto de otros oficios y profesiones. Tradicionalmente la legislación española reguló en su art. 355 la conducta del juez

que por negligencia o ignorancia inexcusables dictare sentencia manifiestamente injusta.

Por sentencia manifiestamente injusta se entendía en este marco a aquella que no

puede explicarse con una interpretación razonable, considerándose que el error en la aplicación de

la ley no lleva siempre aparejada la ignorancia o negligencia inexcusables. **(31)**

Según Juan Bustos Ramírez bajo la vigencia de este texto quedaba también comprendido el dolo eventual, agregando que por el término “*inexcusable*” hay que entender como

la falta de una mínima diligencia o aplicación de conocimientos, lo que es lo mismo que negligencia

o ignorancia grave. **(32)**

La reforma del 1995 estableció en su art. 447 que: “...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...”.

Al respecto explica Francisco Muñoz Conde que como todo delito que se comete con imprudencia, lo decisivo es la omisión de un deber de cuidado que personalmente incumbe al 8 sujeto, por lo que una ignorancia o negligencia será inexcusable, cuando falta aquella diligencia mínima que es exigible a cualquiera que desempeñe funciones judiciales. La imprudencia en el caso debe ser grave. (33)

En este sentido la interpretación del tipo penal español es similar a la del proyectista argentino en el sentido de exigir una imprudencia o negligencia graves, la cual se encuentra definido en el art. 33 del Anteproyecto como aquella mediante la cual se ha infringido temerariamente el deber de cuidado, introduciendo riesgos importantes para la vida, la integridad física o la libertad, que se concretan en resultados altamente lesivos. Aisladamente considerado el art. 313 del Anteproyecto puede resultar peligroso, pues al no describir en que consisten las resoluciones u órdenes manifiestamente ilegítimas, podría castigarse al juez por cualquier conducta intrascendente. Sin embargo, la atinada estipulación que hace el art. 33 del concepto de “culpa grave”, solo permite que ello sea posible en la medida que se haya infringido temerariamente el deber de cuidado, introduciendo riesgos significativos para la vida, integridad física o libertad de las personas, con resultados altamente lesivos, con lo que más allá de la negligencia o imprudencia grave que deberá ocurrir en el dictado de la resolución, será necesario la concreta lesión trascendente a los bienes jurídicos indicados, quedando la aplicación del tipo penal circunscripta a estos casos extremos.

Por otro lado, al mantenerse la redacción actual del prevaricato de derecho que exige como hemos visto dolo directo de dictar una resolución a sabiendas que es contraria a la ley expresa, la agregación del tipo culposo dejaría una vacío legal respecto de todas las conductas cometidas con dolo indirecto o eventual, que sólo podría llenarse por vía interpretativa, como ha

hecho parte de la doctrina con los tipos penales de quiebra fraudulenta (art. 176) y quiebra culposa (art. 177) en la legislación vigente, aunque afectando seriamente el principio de legalidad .

VII.) CRITICAS Y CONCLUSIONES

La gestación histórica de la norma que venimos analizando se encuentra indisolublemente ligada a una concepción del derecho como un todo hermético, completo y que parece dar respuesta a todo caso planteado, es decir, que siempre existiría una única solución correcta. No es casualidad que esta forma de legislar el prevaricato haya sido recogida desde los albores de la codificación penal, la cual tenía sus raíces en el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, y donde el juez era considerado como un simple aplicador mecánico de la ley. Esta concepción implica un formalismo ante las reglas que no es más que un ideal inalcanzable.

La ley argentina, que se mantiene en el Anteproyecto, al mentar “*resolución contraria a la ley expresa*” parece indicar que la misma es perfectamente clara y reconocible por el juez y que su aplicación al caso concreto no genera dudas. Pero sabemos que ello lejos dista de ser así.

Pienso que quien ha explicado de modo más satisfactorio ello ha sido, ya hace algunos años, H. L. A. Hart (34) exponiendo que: “...*En todos los campos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no.*

Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que le faltan otras. Los cánones de ‘interpretación’ no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no pueden –y en eso no difieren de otras reglas – proveer a su propia interpretación. Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece

ser ‘automático’, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios... Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’...”.

Agregando que: “...La falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales muestran, cuando se los usa así, una irreductible textura abierta...”.

Esto es complementario con lo que Hart expone más adelante, en el sentido que es una característica de la condición humana que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí: **a.)** nuestra relativa ignorancia de los hechos y **b.)** nuestra relativa indeterminación de propósitos. La indeterminación surgiría entonces como el resultado de la ecuación entre el desconocimiento del futuro y la indeterminación de los propósitos, aunque no necesariamente deba existir una conexión necesaria entre los mismos,

y, además entre el significado de nuestros términos generales. (35)
Resulta imposible en este marco entrar en un análisis preliminar de los diferentes problemas que genera la indeterminación del derecho y cuáles son sus causas, que han sido frecuentemente tratados por los filósofos del derecho, aunque lejos están de llegar a una solución definitiva. (36) Sin embargo, es posible afirmar que en algunos caso interpretar una formulación normativa x es detectar el significado de x, informando que x tiene el significado y, mientras que en otros, ello implica adjudicar un significado a x, estipulando que x tiene el significado y. Esto quiere decir en apretadas palabras que en ciertas ocasiones (casos claros) la interpretación es una actividad informativa, mientras que en otros (casos difíciles) resulta una actividad total o parcialmente

estipulativa.

Sobre el tema Eugenio Bulygin refiere con singular lucidez, que es importante distinguir entre el descubrimiento de un significado existente y la adjudicación total parcial de un significado nuevo. La primera es una actividad empírica y puede determinarse por el uso común del lenguaje o por la *intensión* del autor de la expresión. No obstante, en ciertos casos puede resultar imposible descubrir el significado de una expresión, siendo necesario entonces asignarle un significado, lo que realizan los juristas en general por medio de las definiciones estipulativas, las cuales una vez que son generalmente aceptadas por la comunidad jurídica se convierten en descriptivas de los usos lingüísticos existentes, pero este proceso de asignar significados no es cognoscitivo, es un asunto de decisión, que podrá estar apoyada en razones más o menos convincentes. De lo expuesto se infiere que la actividad de identificación de las normas jurídicas no es totalmente cognoscitiva. En este punto hay una grano de verdad tanto en la pretensión de una conexión de la dogmática jurídica con la teoría de la correspondencia, cuanto con la teoría de la coherencia. (37)

Pero como explica Pablo Navarro (38) el margen de discreción de un juez depende de los límites que el derecho establece para la solución de una controversia. Sin embargo, dichos límites se nos suelen presentar en la práctica de forma difusa. Naturalmente si todos fueran casos difíciles (como lo sostiene el escepticismo ante las reglas) cualquier acto de comunicación no parecería ser posible, incluido el derecho. Por ello es que la distinción de Hart permite justificar este reconocimiento casi automático de los casos obvios.

Ahora bien ¿En qué supuestos el juez puede cometer el prevaricato de derecho? Evidentemente en los casos claros, el apartamiento malicioso de la solución establecida por la ley hace que la conducta del mismo quede encuadrada en los términos del art. 269 del CP. Si se me permite la exageración estos serían los casos paradigmáticos. Si una persona mayor de edad se apodera ilegítimamente de dinero en efectivo, y no concurre ninguna circunstancia de atipicidad,

10

justificación, inculpabilidad, etc. nadie dudaría que ello se tratara de un hurto (CP, 162), y el

apartamiento malicioso de esta solución legal encuadraría perfectamente en la tipicidad indicada. A

la inversa existen también casos claros de no aplicación, nadie se le ocurriría calificar en los

términos de homicidio simple la muerte intencional de un perro, por más defensores de los animales

que seamos, o subsumir como hurto agravado de vehículo dejado en la vía pública (CP, 163 inc.

6º), el apoderamiento ilegítimo de un auto de juguete que utiliza un niño para jugar en la acera.

Por supuesto que los problemas se presentan en los casos marginales, donde la

solución no resulta para nada sencilla, y menos aún unívoca. Uno siente la tentación de decir que en

estos casos opinables, donde existen varias interpretaciones posibles y en donde juristas calificados

no logran ponerse de acuerdo, que sólo cometería prevaricato aquél juez que intencionadamente se

apartara de toda interpretación posible. Pero, ¿la posibles interpretaciones son un catálogo cerrado?

Más allá que la experiencia humana demuestra que no y que interpretaciones que hoy

puedan parecer disparatadas el día de mañana puedan resultar plausibles, esto parece vincularse con

el problema de la textura abierta o vaguedad potencial, (39) sin perjuicio de otros tantos problemas

lingüísticos u no lingüísticos que aquejan a la determinación del derecho.

Obsérvese por ejemplo, los recientes fallos sobre la aplicación de penas por debajo

del mínimo de la escala legal impuesta por la ley o el caso "Sejean" donde la CSJN (27/11/86)

declaró que la ausencia de divorcio vincular en la antigua ley era inconstitucional, lo que era

impensado haberlo dicho diez años atrás. (40)

Entonces ¿Cómo se resuelve esto? En una primera aproximación parece que el

apartamiento del abanico de interpretaciones posibles sostenidas en un momento dado, sin dar

argumentos o fundamentos razonados, es un buen indicio al menos de que se da la tipicidad

objetiva, lo que sumado al obrar intencional de saber y conocer que se está procediendo en contra

de la ley vigente, sea por el motivo que fuere, permiten dar una respuesta afirmativa a la

configuración del hecho punible.

Por los mismos motivos expuestos no parece atinada la regulación del prevaricato

culposo propuesta en el Anteproyecto. Asimismo, se podría haber aprovechado en su formulación

dolosa a incluir al fiscal, asesores y demás funcionarios cuando emitieren un dictamen malicioso en los mismos términos que el juez, (41) ya que la referencia del art. 272 sólo los hace punibles en la medida que se dé la conducta prevista en el artículo anterior.

NOTAS

(1) Cfr. el desarrollo de Sebastián Soler, en *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962, ps. 14 y ss.

(2) Cfr. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho penal. Parte general*, 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996 ps. 132/3. Para Diego Manuel (1996:171/3) la subsunción de los hechos en las normas requiere en primer lugar una adecuada selección de las circunstancias y datos del supuesto de hecho que puedan tener relevancia a efectos jurídicos, lo que requiere una reconstrucción judicial de los hechos lo más precisa, clara y completa posible, aunque ello suele tropezar con limitaciones jurídicas y de orden práctico. Pero la concreción de la ley no se agota en la subsunción sino que se completa con el examen de la aplicabilidad de la norma al máximo número posible de casos. La moderna teoría jurídica ha puesto en tela de juicio el proceso de aplicación de la ley mediante el silogismo, afirmando que no es cierta la concepción de que al establecer la regla ya estuvieran fijadas las condiciones para su aplicación

automática, sino que la dimensión hermenéutica de una ley penal sólo se puede comprobar en la aplicación de la ley a los supuestos de hecho reales (*Curso de derecho penal. Parte general I*. Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1996, ps.

171/3; ver también Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducido por J.L. Manzanares Samaniego, 4º edición, Comares, Granada, 1993, p. 136).

(3) Sobre tal problemática en general puede consultarse Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, traducido por Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, 2.002, edición original en italiano del año 1.992.

(4) Cfr. Rodolfo Moreno (h.), *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi editor, Bs. As. 1923, t. VI, p. 266.

(5) Programa de derecho criminal, traducción de la edición original en italiano de José J. Ortega Torres y Jorge

Guerrero, Temis, Bogotá, 1961, § 2594.

(6) Etimológicamente se compone de dos palabras latinas: *prae* y *varus*, lo que significa huesos de las piernas torcidos.

(7) Carrara, ob. cit, § 2596/7. En el § 2604 el autor caracteriza este delito y sus distintas modalidades con la formula general de “*ponerse de acuerdo*”. El art. 180 de nuestro Código Penal, bajo la órbita de los delitos contra la propiedad,

11

regula una forma muy específica del delito de colusión en el marco de un concordato, convenio o transacción judicial,

pero que no se asemeja a las estructuras típicas de los arts. 269/72.

(8) CP. de 1889 (art. 175) CP. de 1930 (art. 323) los cuales derivaban del Código para las Dos Sicilias de 1819. Cfr.

para más detalle Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho penal*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra

Redín, Ediar, Bs. As., 1950, t. III, vol. 8, nº 1351 y ss. y t. V, vol 10, nº 1703 y ss. También Carrara ob. cit. § 2511 y ss.

(9) En la actualidad el art. 446 del Código Penal español establece que: “...*El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de*

sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito 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.º 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 falta. 3.º 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...". Resulta de interés señalar que tanto en los precedentes más remotos, como en la

actualidad la conducta descripta por los diferentes tipos penales siempre requirió que sea cometida "a sabiendas", lo

que indica la necesidad de dolo directo. Así también nuestros proyectos de 1881 y 1960.

(10) *Como podrá observarse Tejedor regulaba dentro del capítulo de prevaricato la conducta del juez que se negaba a juzgar so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley, lo que ha sido separado en la legislación actual (Cfr. art. 273).*

Sin embargo, no quiero dejar pasar por alto que tal figura legal entendida en sentido literal parece tener su fuente en

quienes piensan que el derecho no tiene lagunas. ¿Qué sucedería si un caso no tuviese una solución legal o la misma

fuere absurda?. ¿El juez tiene que resolver igual, so pena de quedar comprendido en la mentada sanción?. Es cierto que

esto no ocurre con mucha frecuencia pues la mayoría de los conflictos que llegan al juez tiene previstos algún tipo de

solución por el entramado normativo, pero pueden existir o presentarse en un futuro casos en que agotados todos los cánones de interpretación conocidos no lleguemos a solución alguna, o la misma sea absurda.

En estos supuestos si se

obliga a fallar al juez, su decisión posiblemente será arbitraria, y tendrá que crear derecho en sentido estricto. Por otro

lado, resulta extraño que este tipo penal solamente regule los mentados pretextos, pues si algún magistrado se negare a

juzgar so pretexto de tener un torneo de golf, no quedaría atrapado por esta figura; en cambio si agotó el estudio del

*caso y no encontró la solución que la ley *iure et iure* presume que existe, se verá incurso en la referida figura. En todo*

caso como dice Soler la ley debió decir "el que se negare a juzgar bajo cualquier pretexto". El reciente Anteproyecto

de Código Penal para la Nación Argentina no corrige este defecto (ver art. 316). Pero el problema de fondo es que

además los jueces no pueden justificar sus decisiones en cualquier tipo de normas sino, esencialmente, en normas

jurídicas, y si el juez no puede dejar de juzgar con fundamento en que el derecho es incompleto, y si sólo puede

justificar sus decisiones en el derecho, entonces, se está presuponiendo la completitud del derecho. Ahora bien, es

posible que un juez se niegue a juzgar con el argumento de que sus decisiones tienen que ser fundadas en derecho, pero

que el mismo no brinda ninguna respuesta clara a la cuestión que tiene que juzgar, argumentando plausiblemente que la

tesis de la completitud es falsa. En estos casos ¿Podría decirse que actuó bajo un error de prohibición?

(11) *Cfr. Miguel Alfredo Arnedo y Eugenio Raúl Zaffaroni, Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, 1996, t. I, ps. 482/4.*

(12) Arnedo –Zaffaroni, ob cit. p. 35.

(13) Cfr. Arnedo – Zaffaroni, ob. cit., t. II, ps. 478/9.

(14) Comenta Moreno, ob. cit. p. 276, que en el debate parlamentario el diputado Ugarriza sostuvo que el precepto debía derogarse, ya que eso de dictar sentencia era cosa muy relativa, y que en todos los pleitos, según cada parte y de acuerdo con su tesis respectiva, se contrariaba la ley. Como veremos más adelante la intuición del diputado no estaba tan alejada de la realidad.

(15) Cfr. Sebastián Soler, Derecho penal argentino, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, 4º edición, Tea, Bs. As., 1987, t. V. p. 271.

(16) *“Algunas consideraciones acerca del prevaricato”*, en Delitos contra la administración pública – II, Rubinzel – Culzoni, Bs. As., t. 2004-2, p. 254,

(17) Cfr. Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, 1941, t. V p. 577 y Carlos

Fontán Balestra, Tratado de derecho penal, Abeledo- Perrot, Bs. As. 1971, t. VII, ps. 331/2. En contra Soler ob. cit. p.

272 y Ricardo C., Nuñez, Tratado de derecho penal, Lerner, Córdoba, 1992, t. V, vol. 2.

(18) Cfr. Alfaro, ob. cit. p. 255. Sin embargo, es convincente el ejemplo y la argumentación que proporciona Jorge E.

Buompadre en orden a la posibilidad de participación del *extraneus* (Derecho penal. Parte especial, Mave, Corrientes, 2003, t. III, p. 361/3).

(19) Al respecto comenta Horacio A. García Belsunce que no constituirá la materia de este delito, una providencia de mero trámite o de carácter formal, como por ejemplo, una vista *“agréguese u hágase saber”*, *“notifíquese por cédula”*,

cuando debió decir por nota, entre otras, porque ellas no constituyen una resolución que haga al derecho de las partes,

El prevaricato de los jueces, en JA-I, secc. doctrina, p. 37. Lo que en realidad requiere el tipo penal es que se decida

jurisdiccionalmente algo, aunque Rivarola y González Roura exigen alguna importancia decisiva en el asunto (cfr.

Carlos Creus, Delitos contra la administración pública, Astrea, Bs. As., 1981, su p. 431). El tema no es de sencilla

solución, pero no parece en principio plausible llamar prevaricato a la conducta del juez que

decide maliciosamente y

sin motivo alguno dar un traslado a las partes por un plazo mayor al establecido expresamente por la ley. En tal sentido,

12

aún con dudas, me inclino por la postura de Rivarola y González Roura, aunque como aclara Nuñez las citas en que los

mentados juristas apoyan su afirmación se refieren a los hechos o resoluciones falsamente dictados en ella (ob. cit. p. 147, nota 9).

(20) Un poco más específico el Código Penal peruano refiere en su art. 418 al texto expreso y claro de la ley.

(21) *“Prevaricato”* en Enciclopedia Jurídica Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1967, t. XXIII, p. 99.

(22) Prevaricato del juez y el abogado, Ediciones jurídicas cuyo, Mendoza, 2004, p. 34.

(23) Ver Creus, ob. cit. p. 431/2 y Nuñez, ob. cit. p. 149.

(24) Soler, ob. cit. p. 277.

(25) Fontán Palestra, ob. cit. p. 331. El propósito deliberado de violar la ley, con conciencia de tal violación al decir de

García Belsunce, ob. cit. p. 38.

(26) Ob. cit. p. 278/9.

(27) Cito a través de Donna, ob. cit. p. 417.

- (28)** Sent. del 28/12/2001, en autos “M. D. R. s/ art. 296 del Cód. penal”, en El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia, Edgardo Alberto Donna y otros, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. IV, p. 502.
- (29)** Cfr. Alfaro, ob. cit. p. 262; Creus, ob. cit. p. 436, entre otros.
- (30)** Sin embargo, Soler (ob. cit. p. 279) sostiene que en la legislación vigente está previsto el prevaricato culposo en la figura de la prisión preventiva ilegal (art. 270 del CP.)
- (31)** Cfr. Eugenio Cuello Calón, Derecho penal, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, 14º edición, Bosch, Barcelona, 1975, t. II, vol. 1, p. 401.
- (32)** Manual de derecho penal. Parte especial, 2º edición, Ariel, Barcelona, 1991, p. 367.
- (33)** Derecho penal. Parte especial, 11º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, ps. 794/5.
- (34)** El concepto de derecho, traducción de Genaro Carrio, 2º edición, Abeledo-Perro, Bs. As., 1961, ps. 155 y ss.
- (35)** Ver Pablo E. Navarro, Los límites del derecho, Temis, Bogotá, 2005, p. 38 y ss.
- (36)** Al respecto pueden verse los citados trabajos de Hart y Navarro, como así también: Timothy A. O. Endicott, La vaguedad en el derecho, traducción de J. Alberto del real Alcalá y Juan Vega Gómez, Dykinson, Madrid, 2006; Isabel Lifante Vidal, La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999; José Juan Moreso, La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; Alf Ross, Sobre el derecho y la justicia, traducción de Genaro R. Carrio, 2º edición, Eudeba, Buenos Aires, 1997, entre otros.
- (37)** “*Dogmática jurídica y sistematización del derecho*”, en Análisis lógico y derecho, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, ps. 470/1.
- (38)** Ob. cit. p. 73.
- (39)** Siguiendo a Friedrich Waismann (*Porosität der Begriffe*) puede decirse que la causa de la “textura abierta” se encuentra en la deficiencia de nuestro conocimiento sobre la realidad en su conjunto, lo que implica que las definiciones nunca pueden ser totalmente completas. Además, es posible distinguir según el autor entre “textura abierta” y “vaguedad”, entendiendo por la última al caso en que una palabra es usada de manera fluctuante en la vida real y a la primera como la posibilidad de vaguedad. Por ello la vaguedad podría ser remediada por reglas más precisas, mientras que la textura abierta no. Aquí hemos utilizado ambas expresiones como sinónimos.
- (40)** Caso citado por Ricardo A. Guibourg en su libro Provocaciones en torno al derecho, Eudeba, Bs. As., 2002, p. 86.
- (41)** Así el art. 418 del citado Código Penal peruano y el art. 223 del Código Penal chileno.