

Artículos 269 y 270

PREVARICATO DEL JUEZ Y DE PERSONAS EQUIPARADAS

Dr. Matías Bonaventura

CAPÍTULO X – PREVARICATO

ART. 269 (*Prevaricato del juez y de personas equiparadas*) **Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.**

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

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

Art. 270 (*Prevaricato con prisión preventiva ilegal*) **Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.**

I- Bibliografía

1. BUOMPADRE, Jorge E., *Artículos 269/272*, en Baigún-Zaffaroni (directores), “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, 1° Ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, Tomo 10, págs. 889/941.
2. CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6° Ed., Astrea, Buenos Aires, 1998.

3. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
4. D´ALESSIO, Andrés José, *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2ºEd, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo II.
5. ABOSO, Gustavo Eduardo, *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado y con jurisprudencia*, B de F, Buenos Aires, 2012.
7. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992, Tomo V.
8. RIGGI, Eduardo Javier, *Interpretación y ley penal*, Atelier, Barcelona, 2010.

II– Doctrina

1. INTRODUCCIÓN.– El delito de prevaricato se encuentra ubicado en el Capítulo X del Título XI del CP que el legislador denominó “Delitos contra la administración pública” ya que nos encontramos ante una conducta que, como luego se verá, lesiona de manera directa un sector específico de la administración pública: la justicia. Como se observa, el art. 269 tipifica el prevaricato del juez y personas equiparadas (por ej. árbitros y amigables componedores), el art. 270 el de prisión preventiva ilegal y, finalmente –aunque excede el presente artículo-, los art. 271 y 272 alcanzan la figura de prevaricato de los auxiliares de la justicia (abogados, mandatarios judiciales, fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades).

Literalmente la palabra prevaricar consiste en dictar a sabiendas una resolución injusta. Es una derivación de la conjunción latina “prae” (por causa de) y “varicare” (piernas torcidas), por lo que puede sintetizarse en la expresión “andar torcido, oblicuo o desviado”. En el Derecho Romano estos términos fueron ganando extensión “hasta convertirse en la voz prevaricare, expresión que se empleaba cuando la torcedura era muy grande” [1, 904].

El delito de prevaricar siempre se diferenciaba según el rol que cumplía quien realizaba la acción delictiva. Así, se distinguía la prevaricación judicial (sólo por jueces), la cuasi-judicial (abogados y procuradores) y la extrajudicial (funcionarios administrativos).

En el plano local, explica SOLER, se siguió la tradición española, porque bajo esa designación comprende tanto el prevaricato del juez como el de otros sujetos que concurren a la función de administrar justicia como auxiliares [7, 270]. Por su parte, DONNA nos enseña que el Código Tejedor regulaba el prevaricato en su artículo 385 y se encontraba subdividido en 5 incisos: el primero de ellos se castigaba al juez que expide sentencia definitiva manifiestamente injusta; en el segundo al juez que conoce en causas que patrocinó como abogado; en el tercero, al juez que cita hechos o resoluciones falsas; en el cuarto, al juez que se niega a juzgar bajo pretexto de obscuridad o insuficiencia en la ley, y en el quinto, al juez que se apoya en las leyes supuestamente derogadas [3, 414]. Este sistema se mantuvo en el Proyecto de 1881 que entró en vigor el 1º de febrero de 1887, siendo que el Proyecto de 1891 el que trasladó el delito al título “Delitos contra la administración pública”.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.–El prevaricato consiste en una infidelidad que atenta contra la administración pública pero, más precisamente, contra la administración de justicia ya que el delito es cometido por medio de la actuación infiel de los integrantes de órganos

jurisdiccionales o los ministerios públicos o de quienes intervienen como auxiliares. Como se observa, el ilícito radica en el abuso de la posición que el Estado le otorga a esas personas, con evidente desapego de sus deberes de funcionario. Es importante destacar que este tipo penal no protege la Administración de Justicia con mayúscula, es decir, como organización, sino a la administración con minúscula, relacionado con la función que cumple como instrumento al servicio de la ciudadanía. El servicio de justicia se lesiona cuando los jueces dictan resoluciones contrarias a la ley, generando desigualdades arbitrarias en la tutela de los derechos de los particulares [5, 1279]. Por eso, mediante este delito se tutela la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia [7, 271].

El bien jurídico protegido trasciende del propio marco de los afectados por la resolución prevaricante para afectar, asimismo, los pilares del Estado de Derecho. De esta manera, la prevaricación judicial tiene una indiscutible consecuencia en cuanto supone la negación del Derecho mismo, de la norma jurídica como reguladora de la convivencia.

3. PREVARICATO DEL JUEZ Y DE PERSONAS EQUIPARADAS (ART. 269)

a) Estructura típica.

1. Sujeto activo: El juez, sin importar su competencia o jurisdicción, fuero o instancia. La norma tampoco hace distinción de jueces que actúen en forma unipersonal o colegiada, en forma permanente o accidental. También pueden realizar este delito los árbitros y el arbitadores amigable componedores (art. 269 in fine). Como se observa, se trata de un delito especial propio en el que la condición personal resulta esencial a la hora determinar el sujeto activo, limitándole a los que expresamente se menciona en la norma.

Según afirma BUOMPADRE (con cita de ZAFFARONI, LUZÓN PEÑA y GÓMEZ BENÍTEZ), tratándose de un delito especial propio, en el que la realización del tipo está estrechamente vinculada a la cualidad del autor, y de propia mano, porque sólo admite la comisión en forma personal y directa por el autor, no resulta admisible la autoría mediata. Así, sostiene que “el particular nunca puede ser autor porque no solamente carece de la condición funcional exigida normativamente, sino porque no posee facultades para dictar resoluciones” [1, 913]. Por el contrario, hay autores que proponen una solución a esta cuestión que no vulneraría la exigencia de tipicidad. Así, según explica RIGGI [8, 103], GRACIA MARTÍN plantea que si se concibe que los tipos responden a los principios de generalidad y de igualdad, el actuar de quienes obran en el lugar de otro podría integrarse dentro del círculo de autores de un delito especial y, para justificar ello, bastaría demostrar que “el significado de su conducta es, desde el punto de vista del contenido del tipo, idéntico al de la conducta del sujeto expresamente descrito por la ley mediante una categoría formal”.

No obstante ello, se ha admitido la participación del extraneus a título de inductor, cooperador necesario o cómplice y también la llamada autoría sucesiva cuando existe un reparto conjunto y de común acuerdo o una cadena productora de resoluciones. Así, el Tribunal Supremo Español ha dicho que “[l]a inducción a un funcionario o prevaricar por un no funcionario es, desde luego, punible pues el artículo 14.2 del Código Penal no exige [tampoco

lo hace el art. 45 CP argentino] que el inductor sea cualificado en los delitos especiales propios. Si la punibilidad no es discutible, sin embargo cabe pensar, como ya se ha dicho, si es posible justificar que el inductor extraneus sea castigado penalmente de la misma manera, de idéntica forma, que el autor intraneus al carecer de la cualidad de funcionario que fundamenta la punibilidad, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad” (STS 97/1994, rta. 18/01/94, ponente Enrique Ruiz Vadillo). Asimismo, admitió los casos de coautoría sucesiva cuando “exista un reparto conjunto y de común acuerdo, o una cadena productora de resoluciones que son firmadas por la autoridad correspondiente” (STS 12164/1992, rta. 16/05/92, ponente José Antonio Martín Pallín).

El secretario que refrenda la resolución prevaricadora del juez no puede ser considerado cómplice puesto que no posee la condición de juez que exigida por la norma.

2. Tipo objetivo. Acción típica y elementos normativos.— La conducta típica consiste en dictar resoluciones (i) contrarias a la ley expresa o (ii) fundadas en hechos o resoluciones falsas. Por lo tanto, no nos encontramos ante dos conductas típicas diferentes como pareciera indicar el precepto sino, más bien, una sola: dictar resoluciones; que pueden expresarse de las dos maneras explicadas.

De esta manera, se ha dicho que “[p]revarica quien hace pasar como derecho algo que positivamente sabe que no lo es, aquel que funda su decisión en hecho o resolución que sabe falso y quiere hacer pasar por verdadero (...) o que los hechos o las resoluciones en las que se basó no existieron o no tuvieron la significación que él les otorgó, independientemente de los resultados perjudiciales o beneficiosos que, para una parte, pueda tener” (Excma. CCC, Sala VII, reg. 23.681, rta. 31/03/05).

La resolución es cualquier acto administrativo que disponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general. Según la jurisprudencia “las resoluciones que alude el art. 269 CP deben tratarse de una providencia que «resuelva» algo y que de ella pueda resultar algún perjuicio o provecho para alguna de las partes; no constituirá la materia de este delito una provincia de mero trámite o de carácter formal, por ejemplo, una vista, «agréguese y hágase saber», «notifíquese por cédula», cuando debió ser por nota y muchas otras, porque ellas no constituyen una resolución que haga el derecho de las partes” (Excma. CCCF San Martín, Sala II, in re ZITTO SORIA, rta. 07/08/96)

No tiene por qué suponer la finalización del proceso sino que puede ser una resolución susceptible de ser recurrida; tampoco aclara la norma que deba ser escrita, por lo que puede prevaricar el sujeto que dicta una resolución verbal. En relación a si la resolución que hace mención el tipo implica únicamente una decisión jurisdiccional, cualquiera sea su naturaleza (civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, etc.) o si, en cambio, puede prevaricar el juez que dicta una resolución contraria a la ley pero en función de superintendencia, la doctrina se inclina por aceptar únicamente las primeras dejando que el dictado infiel de las segundas sea alcanzado, llegado el caso, por la figura de abuso de autoridad [1, 907; 2, 316]. Este criterio también es el que sostiene la jurisprudencia puesto que lo que tutela la norma es la función jurisdiccional (CCC, Sala V, “T., G. J.”, rta. 24/08/1999).

Prevaricación de derecho: el concepto de contraria a la ley expresa hace mención no solamente a la ley en sentido formal sino también a sus decretos reglamentarios, ordenanzas, resoluciones ministeriales, etc. Lo punible es, por tanto, la contradicción entre la resolución y la ley que el agente presenta como fundamento jurídico de la decisión que constituye aquella [2, 317]. Esta contradicción debe ser notoria y no, como en algunas ocasiones se pretende sostener, una contrariedad de opiniones respecto de un tema plausible de ser interpretado de diversas maneras.

De todas maneras, el término contrarias a la ley trae algunos inconvenientes prácticos puesto que las leyes están construidas en base a supuestos no problemáticos. Así, cuando el juez quiere aplicar la ley tiene el deber de interpretarla y aplicarla. En ese sentido, el concepto de contrario a la ley se da cuando la aplicación del derecho realizada por el juez -o persona equiparada- no resulte de ningún método aceptable de interpretación del derecho o de la aplicación de principios del ordenamiento jurídico (ej. interpretaciones de la ley “groseras”, “manifiestamente contrarias a la ley”, “flagrantes”, etc.)

Por este motivo, con acierto se ha dicho que “[n]o prevarica el juez que simplemente elige una ley distinta a la invocada por las partes para fundar su resolución (...) La decisión del magistrado laboral ha sido conforme a derecho, pues el art. 277 de la L.C.T. faculta al juez que entiende en una demanda laboral a rechazar cualquier tipo de acuerdo extrajudicial al que pudieran arribar las partes en conflicto. Dicha norma constituye un resguardo para la parte más vulnerable en la relación laboral al evitar acuerdos extrajudiciales que puedan perjudicarlo. Por ello, la resolución dictada (condena del aquí querellante) no resulta arbitraria sino contraria a los intereses del querellante” (Excma. CCC, Sala V, reg. 20.484, rta. 18/02/03).

Respecto del prevaricato de los órganos colegiados, también se acepta la forma de coautoría funcional ya que la resolución adquiere validez jurídica con la suscripción sucesiva de los jueces que integran el tribunal colegiado [5, 1282]

Prevaricación de hecho: la prevaricación judicial también puede ocurrir cuando el juez se basa en hechos o resoluciones falsas para expresar sus fundamentos. Lógicamente, los hechos o resoluciones falsas invocadas en la resolución, deben ser decisivos para el fallo. Así, quedan afuera del delito de prevaricación la cita de jurisprudencia o de bibliografía que tan solo ilustre el fallo, por más falaces que sean [1, 911; 2, 317], puesto que la decisión debe apoyarse, total o parcialmente, en la invocación de esos hechos o resoluciones. Sobre este punto la jurisprudencia sostuvo que no encuadra en el delito de prevaricato “el juez que al establecer la interpretación hace una cita excepcionalmente equivocada, que tan sólo podría representarse si hubiese procedido con una voluntad y conciencia maliciosa, puesto que el mismo sólo es posible en concepto de dolo” (Excma. STJ San Luis, “BIANCHI OSCAR”, rta. 11/09/69)

3. Tipo subjetivo.– Se trata de un delito doloso por lo que necesariamente requiere el conocimiento de la contradicción existente entre lo invocado (ya sea por las partes o por el él mismo) y lo decidido. No es posible presumir este conocimiento partiendo de la condición de especialista en Derecho del juez o en la máxima iura novit curia. El tipo penal, a diferencia de otras legislaciones como la española que en su art. 447 acepta la prevaricación judicial por

imprudencia grave o ignorancia inexcusable, no castiga la conducta imprudente.

Así, tiene dicho la jurisprudencia que “[p]ara que se configure el delito de prevaricato el autor tiene que poseer conocimiento y voluntad de resolver contra lo que dispone la ley como fundamento de su fallo o que los hechos o las resoluciones en las que se basó no existieron o no tuvieron la significación que él les otorgó, independientemente de los resultados perjudiciales o beneficiosos que, para una parte, pueda tener. Es necesario el dolo directo y la existencia de culpa o error excluyen el prevaricato” (Excma. CCC, Sala VI, reg. 22.807, rta. 11/06/2004). También se dijo que “[e]s requisito del prevaricato de derecho -resolución que es contraria a la ley expresa invocada por las partes- que el juez lleve a cabo la contradicción conociéndola, ya que los magistrados son pasibles de error en la calificación de los hechos y aplicación de las normas de la ley, mas ello no ha de deducirse en la medida que no medie prueba plena de infracciones dolosas o quebrantamiento intencionales de la ley, ya que no se concibe que el magistrado haya incurrido en prevaricato frente a una resolución equivocada o contraria al criterio legal, doctrinario o jurisprudencial. Si el prevaricato es una falsedad, como todas ellas, se requiere el conocimiento de la falsía” (Excma. CCC in re “SALA, ANGEL”, rta. 18/12/64).

Por otro lado, según explica DONNA, es indiferente el propósito ulterior que haya tenido el juez al dictar una resolución prevaricante, sin olvidar que en la legislación argentina el prevaricato se encuentra separado del cohecho, por lo que el fin de lucro necesario en éste último no está presente en el de prevaricato. La Excma. CSJN in re “SERVINI” tiene dicho que el prevaricato “no consiste en que la resolución impugnada sea objetivamente contraria a la ley o se funde en una errónea interpretación del derecho, casos en los cuales toda sentencia revocada constituiría un delito de prevaricación, sino en la malicia o en la mala fe del juzgador” (Fallos 298:810 del 14/07/77).

En ese mismo sentido, no existe un prevaricato objetivo o inadvertido por el juez puesto que “para imputar un hecho como prevaricato, no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia; será preciso mostrar la incorrección moral del juez” para lo cual se hace necesario investigar los motivos que pueden haber torcido el pronunciamiento que, tal vez, pueden hallarse en el favor, enemistad, voluntad de vengar un resentimiento o favoreces a quien puede otorgar ventajas [7, 277]

4. Agravante.– El delito de prevaricación judicial se agrava cuando se produce en causa criminal y la sentencia fuera condenatoria. En principio, por causa criminal se entiende toda aquella en la que se pretende juzgar la comisión de un delito, por lo que algunos autores entienden que no se agrava la conducta del juez que dicta sentencia condenatoria en un proceso de contravenciones o de faltas [2, 318]. Según explica BUOMPADRE una opinión contraria puede verse en NUÑEZ quien, en un principio, consideró que podrían encontrarse comprendidas también las causas que versen sobre ilícitos menores [1, 918]. La norma deja afuera a las resoluciones que, aunque hayan sido dictadas en un proceso criminal en contra del imputado, no tengan el carácter de sentencia (por ejemplo un procesamiento) o cuando sí tienen dicho carácter sean absolutorias.

5. Consumación– Se perfecciona con el dictado de la resolución, es decir, la firma en caso de

que ésta sea escrita o la verbalización en el supuesto que se trate de una resolución oral. Por ello, existe acuerdo en la doctrina de que la resolución no necesita obtener fuerza ejecutoria. Al respecto se ha dicho que “[e]l prevaricato como delito formal e instantáneo que es consumado ni bien el juez concluye el dictado de la resolución cuyo último acto de acción es suscribirla, sin que la misma precise alcanzar ejecutoriedad o causar perjuicio efectivo” (Excma. CNCP, Sala IV, in re “DIAMANTE” rta. 26/04/201)

b) Personas equiparadas. El último párrafo del art. 269 equipara los árbitros y los arbitadores amigables componedores a los jueces. Por ello, estos sujetos pueden ser autores de la prevaricación aquí comentada. La discusión doctrinaria se centra en determinar si estas personas pueden llevar a cabo únicamente la prevaricación de hecho o también la de derecho. Quienes sostienen lo primero, entienden que los jueces legos no conocen el Derecho ya que no lo aplican y que resuelven los casos que le son llevados a su conocimiento según su leal saber y entender, en cambio, hay quienes consideran que allí donde la ley no diferencia no debe hacerse la distinción y que no hay motivos para permitir que el juez lego pueda apartarse de lo que dispone la ley.

Las personas equiparadas quedan expresamente excluidas del segundo párrafo del artículo, por lo que no es posible que prevariquen en causa criminal.

4. PRISIÓN PREVENTIVA ILEGAL (ART. 270)

1. Autor: el sujeto activo sólo puede ser el juez que tiene competencia para juzgar e investigar delitos. La norma expresamente así lo establece, por lo que quedan fuera de alcance los jueces que investigan y juzgan contravenciones.

2. Acción típica: Esta modalidad de prevaricación puede llevarse a cabo de dos maneras: (a) decretando la prisión preventiva por delito en virtud del cual no procede o (b) prolongar la prisión preventiva ya decretada más allá del tiempo que correspondería.

a) De acuerdo a como está redactado el tipo, es imprescindible el dictado de la prisión preventiva por lo que quedan fuera de alcance otras formas de privar la libertad del imputado, pudiendo constituir éstas, en tal caso, delitos contra libertad pero no el art. 270 CP.

Para que se configure este delito el dictado de la prisión preventiva que realiza el juez debe dictarse “por delito en virtud del cual no procede”. Usualmente los códigos procesales poseen una disposición que establece las circunstancias en las cuales el juez debe ordenar la prisión preventiva. El art. 312 CPPN establece que el juez la ordenará cuando: al delito o al concurso de delitos que se le atribuye al imputado corresponda pena privativa de libertad y prima facie no procederá condena de ejecución condicional; o aunque proceda condena condicional se den alguno los preceptos del art. 319 CPPN (peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación). Por ello, a modo de ejemplo, comete este tipo de prevaricación el juez que dicta una prisión preventiva por una figura que se encuentra únicamente reprimida con pena de multa (ya que en estos casos la medida cautelar de prisión preventiva sería más gravosa que la pena amenazada) o cuando la dispone en virtud de un delito cuya pena máxima no supera los dos años y no se da ninguna de las causales del art. 319 CPPN.

b) La segunda modalidad de acción consiste en prolongar la prisión preventiva. Este supuesto implica la existencia de un tiempo máximo de detención pese al cual el imputado no recupera su libertad. Analizado de este modo, puede llevarse a cabo omitiendo disponer la cesación de la detención, ordenando que continúe la misma o rechazando un expreso pedido de parte.

3. Tipo subjetivo: Se trata de un delito doloso. No obstante, varios autores (SOLER, AGUIRRE OBARRIO, MOLINARIO, NUÑEZ) entienden que esta figura tipifica el prevaricato imprudente ya que de no ser así, no se comprendería el motivo por el cual este delito posee considerablemente menor pena que el previsto en el artículo anterior cuando, en principio, dictar una prisión preventiva improcedente posee mayor contenido de injusto que el simple dictado de una resolución contraria a la ley prevista en el art. 269 CP. En ese sentido, SOLER sostiene que “la infracción del art. 270 se diferencia del prevaricato común y de los delitos contra la libertad por el contenido subjetivo, que en este caso no puede ser doloso” y “consiste en la actuación negligente o imprudente del juez que por ligereza, por dejadez, por retardo, determina que alguien sufra prisión preventiva indebidamente o más allá de los límites resultantes del juego de la ley penal y la procesal [7, 279]

De todas maneras, por más sensata que sea esa postura, el aspecto subjetivo de un tipo penal no puede depender, en detrimento del principio de legalidad, de la armonía del CP sino que debe atenerse a la estructura típica. Máxime si se tiene en cuenta el régimen cerrado que posee el CP en materia de imprudencia. Por consiguiente, los tipos culposos se encuentran expresamente escritos en la ley, de modo que, si bien es concebible una forma culposa junto a cada tipicidad dolosa, esta deviene atípica en todos los casos no tipificados [1, 927].

4. Consumación: El delito se consuma cuando el juez dispone, por medio de una resolución, la prisión preventiva. Se discute si debe ejecutarse dicha orden o si basta con el sólo dictado. Quienes sostienen lo primero parecieran olvidar que nos encontramos ante un delito contra la administración de justicia y no contra la libertad, por lo que el bien jurídico que tutela la norma se lesiona con el sólo dictado de la resolución prevaricadora contraria a derecho por lo que no requiere para su configuración la efectiva detención del imputado. Por otro lado, el juez no ejecuta la orden sino que lo hace el funcionario policial o penitenciario que efectiviza la detención [1, 921, 923]