



## Prevaricato

Por **Ernesto Eduardo Domenech**

Con la colaboración de Verónica Bilczyk y Ariel Simone.

**Art. 269:** *“Sufrirá multa de pesos tres mil (\$3000) a pesos setenta y cinco mil (75000) 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 (3) a quince (15) 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.* (multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993).

**Art. 270:** *“Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos (\$2500) a pesos treinta mil (30000) e inhabilitación absoluta de uno (1) a seis (6) 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.”* (multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993).

**Art. 271:** *“Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos (\$2500) a pesos treinta mil (\$30000), e inhabilitación especial de uno (1) a seis (6) años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada”.* (multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993).”

**Art. 272:** *“La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades”.*



## PREVARICATO.

### El contexto y la palabra.

#### El contexto.

Estudiar el prevaricato en la República de los Argentinos en 2012 no es una empresa sencilla.

Un filósofo del derecho, Carlos Santiago Nino, ha denominado a la Argentina como un “*país al margen de la ley*”. Lo que de por sí implica dificultades para quien quiera estudiar cómo puede castigarse a los jueces que actúen al margen de la ley.<sup>1</sup>

Por otra parte vivimos en una cultura mediática en la que la inseguridad es noticia de todos los días. No, por cierto (o no tanto), la inseguridad de los mercados, o de ciertas personas vulnerables, sino en una inseguridad que parece nutrirse del auge de los delitos “comunes”, que se han vuelto mucho más visibles por las cámaras de seguridad que pesquistan las ciudades, los edificios, los negocios y los hogares sin prisa, sin pausa y sin horarios. Delitos que nutren páginas de periódicos (impresas o no), y tiempo de noticieros. En este contexto en no pocas ocasiones los jueces son vistos como “promotores” de inseguridad, y se los somete a un juicio crítico que se suma a la poca credibilidad pública del poder judicial, basada en su formalismo o su morosidad. Críticas que inciden y presionan a los “magistrados”, a quienes se amenaza y se somete a juicios políticos.

Por otra parte es éste un contexto en el que la selección de magistrados a través de los consejos de la magistratura pone en cuestión la forma de elegirlos y evaluar su desempeño, que ha abandonado, aunque parcialmente, las sesiones secretas de los acuerdos de Cámaras Legislativas. Son también las “*virtudes judiciales*”<sup>2</sup> y los Códigos de Ética Judicial los que han cobrado singular interés teórico y público<sup>3</sup>.

Claro que otras razones complican más este singular contexto especulativo. La multiplicación de las leyes en general (y las penales en especial), y el crecimiento desmesurado de las formas de leer las leyes y de impugnarlas mediante declaraciones de inconstitucionalidad; también enrarecen el

<sup>1</sup> NINO, Carlos Santiago. *Argentina. Un país al margen de la ley*, Ed. Emecé, Bs. As., 1992.

<sup>2</sup> Conf. ATIENZA, Manuel. *Virtudes Judiciales*. En: Claves de Razón Práctica. Nro. 86.

<sup>3</sup> Como el Código Iberoamericano de Ética Judicial, de la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana (San Salvador, 2004); y la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito judicial iberoamericano, aprobada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. (México, 2002).



clima intelectual y cultural en el que estudiaremos el prevaricato. Es que con mucha razón Rodolfo Moreno alertó sobre la incertidumbre en el castigo del prevaricato derivada de las interpretaciones legales desmesuradas, “disfrazadas” de ciencia jurídica, con el halo de prestigio y ausencia de contralor que la “cientificidad” de un discurso otorga (MORENO:279).

### **La palabra prevaricato. Una pesquisa etimológica.**

Con sensibilidad e inteligencia Jorge Luis Borges contó en la milonga Jacinto Chiclana, lo que en este nombre cifraba. “*Señores yo estoy cantando lo que se cifra en el nombre*”, dijo.

Pues bien, en el nombre “prevaricato”, en la palabra “prevaricato” ¿Qué es lo que se cifra?

Una pesquisa etimológica probablemente arroje rastros de esa cifra. A ella acuden autores como Francesco Carrara o Rodolfo Moreno que explican lo que prevaricato quiere decir. Etimológicamente, prevaricar, como acción y efecto del prevaricato, proviene del *latín “varus”, que era una forma de vara, horquilla, que derivó en “varicare”: extender y abrir las piernas, alargar el paso, salir de la línea ordinaria; y luego derivó en “prevaricari”: apartarse del camino recto, andar torcido; y figuradamente: faltar a la palabra, a la confianza, a la fe, al juramento, al honor.*<sup>4</sup>

Sin embargo esta palabra es utilizada de muy distintas maneras en distintas legislaciones, o proyectos de ley, en tiempos muy variados. No hay entonces una “esencia” que la palabra prevaricato recepte, sino distintos modos de emplearla en ocasiones y tiempos históricos variados. De modo que sería una empresa vana hablar del prevaricato, sin apegarse a alguna caracterización legal del mismo. Una conclusión nada original apenas se lea la advertencia de Rodolfo Moreno: “... cada ley fija sus propios límites, de manera que no podría darse una noción que comprendiese los detalles, sino con referencia a una ley determinada.” (MORENO:267).

**¿Cómo se la utiliza en el Código Penal Argentino?** Es esta la pregunta que abordaremos a continuación.

### **El uso en el C.P. argentino.**

<sup>4</sup> En: Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española. Por D. Roque Barcia. Tomo Cuarto (P – SZOP). F. Seix Editor. Pág. 399.



Si apelamos a nuestro Código Penal, advertiremos que la palabra prevaricato no tiene definición alguna y es, en cambio, el nombre de un capítulo del Código Penal incluido en el título “*Delitos contra la Administración Pública*”, que identifica el sujeto perjudicado. Un capítulo con distintos artículos. Sabemos entonces que es una palabra que denota una variada gama de transgresiones. No una sola.

La palabra “prevaricato” denota un complejo número de figuras delictivas.

Tener en cuenta esta gama grande de figuras permite un mejor análisis, estudio y valoración de los hechos punibles.

Posibilita mejorar las calificaciones legales de los hechos que se investiguen, al vislumbrar la posibilidad de concursos ideales difíciles de detectar cuando el mismo hecho que se juzga quede encuadrado en más de una de ellas.

Y permite contar con mejores elementos para repensar las cuestiones que se nuclean en relación a los bienes jurídicos y los modos y grados como se afectan.

### **El Bien Jurídico Protegido.**

No es sencillo entonces identificar el bien jurídico en el prevaricato. Los bienes jurídicos no se enuncian frecuentemente en los textos legales, o se enuncian de modo abstracto y genérico en los títulos que agrupan diversos tipos de delito (como la vida o la propiedad). Tampoco existen procedimientos inequívocos que permitan determinar cuáles son los valores que se protegen al incriminarlo. Puede apelarse a los móviles de quienes los construyeron o inspiraron, o recurrirse al texto legal y especular a partir de él. Luego porque existen distintas “variantes” del prevaricato que, seguramente autorizan distintas inferencias. Finalmente porque, en más de una ocasión, es posible inferir más de un bien jurídico que se intenta proteger tras una acción castigable con pena.

El nombre del título en el que el capítulo se inserta (delitos contra la administración pública) permite inferir que es la administración pública de justicia la que se pone en crisis en las distintas formas del prevaricato<sup>5</sup>. Con ello puede considerarse que se protege a la Administración de Justicia

---

<sup>5</sup> ¿Por qué se castiga especialmente esta clase de abusos y/o incumplimientos de funcionarios públicos? Los prevaricatos son los delitos contra la administración pública, que en lo particular son castigados porque “...se la resguarda frente a la infidelidad de las personas encargadas de administrar justicia y de los que representando el interés público o privado actúan en el organismo judicial como auxiliares de la justicia...”. En definitiva, el prevaricato es el: “...atentado contra la administración de justicia cometido con violación de sus deberes esenciales por los jueces, abogados, mandatarios, fiscales, asesores u otros funcionarios competentes para emitir dictámenes ante las autoridades...” (NÚÑEZ. Página 147). Donna lo relaciona con el abuso de las garantías que otorga la Constitución y el ordenamiento para y por quienes tienen



como aparato estatal y uno de los poderes del Estado; pero también en forma refleja se tutela a sus administrados, quienes son los destinatarios de esa actividad, considerada así como función o servicio. Esto implica otorgarle a la protección penal un sentido propio, diverso a la regulación de las sanciones disciplinarias de los funcionarios públicos.

Por otro lado, en ciertas figuras delictivas posee un peso mayor la “entidad” y “gravedad” del proceso en el que se compete (como ocurre en las causas criminales), y el tipo de resolución que se dicta (sentencias condenatorias). En otras se destaca la importancia del bien que ciertas resoluciones judiciales afectan como la libertad (tal el caso de las prisiones preventivas ilegales, o desmesuradas por su prolongación). Y en otras lo que se agrede es la ausencia de “lealtad” con las partes involucradas en una contienda, como ocurre con el prevaricato de los abogados o auxiliares de la administración de justicia.

No obstante las equiparaciones en los sujetos punibles (a los jueces, los árbitros y arbitradores amigables componedores; y a los abogados y *mandatarios judiciales*, los *fiscales*, *asesores* y *demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades*), debe destacarse que originariamente el prevaricato se relaciona principalmente con el que cometen quienes defienden intereses de alguna parte, que en el Código aparecen en el segundo grupo de figuras (*arts. 271 y 272*). De esta manera la ley argentina adopta la tradición legislativa española incluyendo a ambos grupos de sujetos, a diferencia de otras legislaciones que haciéndose eco de ese origen de la palabra “prevaricato”, prevé las actuaciones de los jueces en los capítulos referidos a la corrupción o incumplimiento de deberes (SOLER:270).

De hecho, el vocablo refiere al “*Crimen del fiscal, abogado o procurador que falta a la fidelidad de su parte, haciendo por la contraria*”, y que “*También se dice de cualquier otro funcionario que de una manera análoga falta a los deberes a su cargo*”.<sup>6</sup>

En la actualidad sin embargo, se entiende bajo el concepto de prevaricación cualquier género de incumplimiento o desvío en una función o cargo público o privado en el ámbito de la administración de justicia.

Como se podrá leer las distintas figuras delictivas que el “prevaricato” denota se nuclean en

---

como función el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

<sup>6</sup> En: Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española. Ob. Cit. Pág. 399.



---

torno a dos tipos de sujetos activos, derivadas de las labores que cada uno cumple en su función específica; y dos tipos distintos de acciones. A ellos nos referiremos a continuación analizando por separado los prevaricatos de uno y otro artículo.

### **El prevaricato de los jueces**



## Los prevaricatos del art. 269 del C.P.

**Art. 269.-** Sufrirá multa de \$ 3.000 a \$ 75.000 e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él 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.

*(Nota: texto conforme leyes N° 23.077 y N° 24.286)*

### Conductas delictivas:

Una búsqueda que discrimine las diversas formas que asume el prevaricato en este artículo, nos enfrentará con las siguientes posibilidades:

- 1) El juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes.
- 2) Los árbitros que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes.
- 3) Los arbitradores amigables componedores que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes.
- 4) El juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 5) Los árbitros que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 6) Los arbitradores amigables componedores que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 7) El juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por él mismo.
- 8) Los árbitros que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por ellos mismos.



- 9) Los arbitradores amigables compondores que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por ellos mismos.
- 10) El juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por él mismo, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 11) Los árbitros que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por ellos mismos, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 12) Los arbitradores amigables compondores que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por ellos mismos, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 13) El juez que dictare resoluciones y para fundarlas citare hechos falsos.
- 14) El juez que dictare resoluciones y para fundarlas citare resoluciones falsas.
- 15) El juez que dictare resoluciones y para fundarlas citare hechos falsos, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 16) El juez que dictare resoluciones y para fundarlas citare resoluciones falsas, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 17) Los árbitros que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren hechos falsos.
- 18) Los árbitros que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren resoluciones falsas.
- 19) Los árbitros que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren hechos falsos, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 20) Los árbitros que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren resoluciones falsas, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 21) Los arbitradores amigables compondores que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren hechos falsos.
- 22) Los arbitradores amigables compondores que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren resoluciones falsas.
- 23) Los arbitradores amigables compondores que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren hechos falsos, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
- 24) Los arbitradores amigables compondores que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren resoluciones falsas, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

El artículo 269 del C.P. prevé entonces **24** figuras delictivas posibles, además de las que se puedan formar aplicando las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes





complementarias<sup>7</sup>.

### **El Tipo Objetivo.**

Los elementos objetivos de las figuras serán analizadas en los puntos sucesivos. Nos referiremos a las acciones, los adverbios que califiquen este verbo, los diversos sujetos específicos requeridos en la norma, como las demás circunstancias, cualidades, modalidades y resultados requeridos por las diversas figuras.

### **Los sujetos punibles.**

#### **El juez.**

A diferencia de otras legislaciones que construyen el prevaricato como determinadas acciones que realizan los **funcionarios públicos**<sup>8</sup>, el C.P.A. menciona a los jueces. Mejor dicho “*al juez*”. Acciones similares a las del prevaricato de otros funcionarios públicos están previstas en la violación de los deberes de funcionario público.<sup>9</sup>

El C.P. no contiene una definición de la palabra “Juez”, cuyo significado debe especificarse de la mano de otras leyes locales o nacionales, que caracterizan la judicatura, sus fueros y sus niveles<sup>10</sup>.

El texto legal tampoco discrimina la jerarquía del magistrado (de primera o ulteriores instancias), su formación profesional, letrados o no letrados, los fueros en los que actúe, o los órganos judiciales que integre (individuales o colegiados).

#### ***¿Deben incluirse los conjueces?***

En ocasiones participan en el ejercicio de la magistratura, abogados o legos que no están

<sup>7</sup> Ello siempre y cuando se tome a estas agravantes genéricas como parte del tipo penal, esto es, como ciertas circunstancias que agregan elementos formando una nueva figura delictiva a la que le resulta aplicable una nueva escala penal modificada. Frente a esta posición se encuentran quienes sostienen que las agravantes solamente consisten en un parámetro a tener en cuenta en el momento de la individualización penal, y fundamentan su opinión principalmente en el hecho de que muchas de ellas se encuentren a continuación de los arts. 40 y 41 del C.P.. La cuestión resulta relevante ya que al modificarse la escala, se podrían modificar las consecuencias de las figuras delictivas (posibilidad de Suspensión de Juicio a Prueba, Condena Condicional, prescripción del delito, etc...).

<sup>8</sup> Como por ejemplo en referencia al art. 350 del Código Penal de Costa Rica que alude al “*funcionario judicial o administrativo*” (En: SALAZAR).

<sup>9</sup> Así, en los arts. 248 a 253 ter del Capítulo IV del Título XI del C.P.

<sup>10</sup> Partiendo de los arts. 108 a 119 de la Constitución Nacional y de los arts. 175 a 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y teniendo en cuenta las diversas leyes que regulan los requisitos, deberes, funciones y la organización de las diversas judicaturas, por ej.: arts. 34 a 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Buenos Aires, arts. 15 a 25 bis del Código de Procedimientos Penales Bonaerense.



designados como jueces estables.

Nos referimos a los conjuces, o los jurados denominados escabinos. *¿Cómo deben ser consideradas estas situaciones?*

Es claro que ambos son funcionarios públicos pues participan, aunque accidentalmente, de la función pública de administrar justicia. Pero *¿Pueden ser sujetos punibles por prevaricato?*

Los conjuces funcionan como jueces, de modo que están equiparados a ellos, de conformidad con lo normado por el artículo 77 del C.P.. Son jueces del poder judicial, de carácter permanente o circunstancial, en calidad de conjuces o como integrantes del cuerpo de magistrados suplentes<sup>11</sup>.

***¿Los integrantes de un Jury de enjuiciamiento deben ser considerados jueces?***

Sería muy poco consistente excluirlos porque entonces los “jueces de jueces” estarían menos obligados a cumplir con sus obligaciones legalmente impuestas que los jueces mismos. Tampoco parece razonable excluirlos sobre todo cuando se equiparan a los jueces los amigables componedores que no necesariamente deben ser abogados; cuando los integrantes de jury, más allá de sus cargos y representaciones, deben ser abogados.<sup>12</sup>

***¿Deben quedar comprendidos en esta caracterización los jueces de paz?***

Rodolfo Moreno dio una respuesta negativa a esta pregunta, basándose en la ausencia de capacitación letrada de los Jueces de Paz.

Sin embargo estos argumentos no pueden en estos momentos tener un peso decisivo. En la actualidad muchos jueces de paz son letrados (en la Provincia de Buenos Aires todos) y tienen una jurisdicción importante que incluye las causas penales. Es claro que excluir a los jueces de paz por su ausencia de capacitación jurídica, llevaría a inconsistencias valorativas, porque los árbitros y amigables componedores pueden no ser letrados, y son claramente alcanzados por la disposición que analizamos.

Los jueces en cambio son funcionarios públicos pues participan de una función pública (C.P.,

<sup>11</sup> De acuerdo al concepto de Juez: “...*Es la persona que integra permanente o accidentalmente un poder judicial nacional o provincial, y que tiene competencia para conocer y resolver como letrado o lego, como tribunal unipersonal o en tribunal colegiado, en cualquier instancia o grado, en asuntos justiciables...árbitro o arbitradores amigables componedores. Ambos son jueces elegidos para el caso por las partes en litigio, pero los primeros deben conocer y resolver el asunto de acuerdo con lo establecido por las leyes de procedimiento y de fondo, en tanto que los segundos proceden sin atenerse a formas legales y resuelven según su leal saber y entender...*” (En: NUÑEZ, ob. cit. Página 148).

<sup>12</sup> Así lo disponen los arts. 115 de la Constitución Nacional y 182 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.



art. 77). Esta es una condición que acarrea importantes consecuencias jurídicas, a saber:

**a.** Respecto de la **prescripción de la acción** la condición de juez y funcionario público implica la suspensión de la misma por dos motivos distintos:

**a.1.** Porque es menester la resolución de una cuestión prejudicial para que pueda ser sometido a juicio: su desafuero por juicio político (*C.P., Art. 67, primer párrafo; arts. 183 a 188 Constitución provincial y arts. 115 C.N.*):

**a.2.** Porque se encuentra en el ejercicio del cargo y el delito que se le endilga es, precisamente, en el desempeño de esa función (*C.P., Art. 67, segundo párrafo*).

**b.** Respecto de la **suspensión del juicio a prueba**, ya que es un beneficio que no procede cuando se trata de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (*C.P., Art. 76 bis, anteúltimo párrafo*).

#### Las prerrogativas procesales.

La comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones (fijados por la ley penal actuando los magistrados como tales) y, crímenes comunes (aquellos que eventualmente comete el magistrado como simple ciudadano), son ambas causales por las que se debe someter al Magistrado a Juicio Político.

En Juicio Político se juzga a los miembros de la Corte; y en Juicio de Destitución o Jury de Enjuiciamiento a los miembros de los Tribunales Inferiores.

Estos son *antejuicios necesarios*, como condición previa a la prosecución de la acción penal contra esta clase de sujetos (*Arts. 16, 53, 110, 115 y 116 de la Constitución Nacional y arts. 176 y 180 a 187 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*). A nivel nacional, la **ley 24.937** de Creación del Consejo de la Magistratura, trata el enjuiciamiento de magistrados, los motivos de mal desempeño y las denuncias en los arts. 21 y ss, disponiendo el procedimiento en su art. 25. En su art. 14 se atribuye competencia a los Tribunales Superiores para la formación de sumario a los Magistrados que en el desempeño de sus cargos demuestren “*la existencia manifiesta de desconocimiento del derecho*”. En el ámbito provincial, la **ley 13.661** (derogatoria de la ley 8.085) con las modificaciones de las leyes 13.819 y 14.088, establece el procedimiento para el enjuiciamiento de magistrados y funcionarios, siendo relevantes los arts. 20, 21 y 45, entre otros.

Si algún magistrado comete el delito de prevaricato, el mismo tendrá entidad suficiente para



producir su destitución, ya que la ley requiere la reiteración para ciertas faltas, pero no para el caso de comisión de delitos.<sup>13</sup>

Hay, por tanto, una vinculación recíproca entre el prevaricato como delito común pues la sentencia de condena implicará su destitución; y como supuesto de mal desempeño de las funciones, ya que es necesaria la suspensión previa para que pueda ser juzgado.

### **Los árbitros y amigables componedores.**

#### ***¿Quiénes son y qué funciones cumplen los árbitros y amigables componedores?***

La capacidad, designación, funciones, derechos y deberes de los árbitros y los amigables componedores se encuentra caracterizada por las legislaciones procesales, reguladas en los Códigos y leyes provinciales.

En la Pcia. de Buenos Aires el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales regula en el Libro VI el proceso arbitral (*Arts. 774 a 811*), que incluye el juicio arbitral en el Título I, el Juicio de amigables componedores en el Título II, y los árbitros peritos en el Título III.

En los tres supuestos los árbitros o amigables componedores deben aceptar el cargo y prestar juramento (*C.P.C. y C., arts. 782, 805 inc. 4 y 811*).

Los árbitros y amigables componedores no necesitan del juicio político para ser sometidos a juicio de modo que la prescripción de la acción no queda suspendida por una cuestión prejudicial por este motivo.

#### ***Ahora bien ¿deben ser considerados “funcionarios públicos”?***

En este sentido puede concluirse que pueden ser considerados como funcionarios públicos por una participación “accidental” en la función pública de administrar justicia (*C.P., art. 77*). Las leyes procesales proveen de ciertas características a los árbitros que los equiparan a los magistrados: la posibilidad de recusarlos, el exigirles juramentos, el responsabilizarlos por la función, el exigirles motivación de actos y el de asignar efectos a sus decisiones.

Esta conclusión les veda la suspensión del juicio a prueba (*C.P., art. 76 bis*).

### **Las acciones punibles**

Los prevaricatos en el C.P.A. prevén distintas acciones punibles, pero no el dictado de

<sup>13</sup> Esta postura se destaca en los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, en alusión a los arts. 20 y 21 de la ley 8.085, hoy derogada por la nueva ley 13.661 (*Fallo en JUBA: JEMF LP 12 RSD 27-6, del 23 de noviembre de 2006*).



sentencias injustas como ocurre en otras legislaciones<sup>14</sup>. Veamos estas acciones.

***“Dictar resolución contraria a las leyes invocadas por el juez o por las partes”***

Esta expresión suscita las siguientes preguntas:

- . ¿Qué significa dictar una resolución?
- . ¿Qué significa la palabra “resolución”?
- . ¿Cuando una resolución es contraria a las leyes?
- . ¿Qué implica que una ley haya sido invocada por el juez?
- . ¿Qué implica que una ley haya sido invocada por las partes?
- . ¿Qué ocurre si una resolución es contraria a la ley, pero no ha sido invocada ni por el Juez ni por las partes?

***El “dictado” de una resolución.***

El alcance de esta expresión puede verse complicado por distintos motivos: cuando la resolución se dicta por un órgano colegiado, o cuando una decisión admite cesuras en el tiempo. Veamos estas dificultades.

La expresión “*dictar una resolución*” puede generar dudas cuando la resolución es dictada por un órgano colegiado, en la que no es “un” juez el que la dicta, sino un conjunto de jueces, la mayoría de los cuáles debe estar de acuerdo con ella, pero otros puede que no.

El que queda en minoría, ¿ha “dictado” esa resolución? ¿Qué pasaría con el juez que votara en este sentido, se podría considerar que prevarica a pesar de que con su voto no integre la mayoría que determine la suerte de la resolución judicial?

También la interpretación de esta expresión puede complicarse cuando una resolución es consecuencia de un conjunto de decisiones anteriores: las llamadas “cuestiones” que los jueces deben enfrentar o responder. Porque en muchas ocasiones, un juez que ha votado en minoría debe continuar votando, aunque derrotado, en las cuestiones siguientes.

En estos casos de votos “minoritarios” u “obligados” con la opinión salvada, si bien el juez ha concurrido a “dictar” la resolución eventualmente “contraria a la ley” es claro que no lo ha hecho con

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, el Código Penal Español, en su art. 446 dispone que: “*El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: (...) 3º. 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 dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas*”.



la intención de controvertirla.

En ocasiones una decisión es compleja y admite cesuras en el tiempo. Tal es lo que ocurre, por ejemplo con el veredicto y la sentencia en los juicios penales o con el veredicto cuando se “adelanta” un resultado, y luego se motiva o justifica.

Esta posible “cesura” en el tiempo, da pie a dificultades para determinar el momento de comisión del hecho (con la importancia que tiene esta circunstancia para valorar la ley aplicable, la imputabilidad, y la prescripción de la acción penal). Y aun con la importancia que pueda tener para revertir o no un resultado.

### ***Las resoluciones***

Tampoco el art. 77 del C.P. “define” la palabra “**resolución**”, pero las leyes de procedimiento aluden a las resoluciones judiciales, aunque tampoco las definan.

El C.P.C. y C. de la Pcia. de Buenos Aires en el capítulo IX emplea la expresión como un rótulo que involucra las providencias simples (*Art. 160*), las sentencias interlocutorias (*Art. 161*), las sentencias homologatorias (*Art. 162*), las sentencias definitivas de primera instancia (*Art. 163*), y las sentencias definitivas de segunda o ulterior instancia (*Art. 164*).

***¿Quedan comprendidas todas estas resoluciones, en el alcance de la palabra resolución contenida en el art. 269 del C.P.; o alguna de ellas está excluida?***

Parece claro que las sentencias están comprendidas, por un lado porque el propio texto del C.P. construye formas agravadas de prevaricato cuando se trata de sentencias condenatorias en causa criminal. Luego porque las restantes sentencias implican la intervención de las partes, ya que se dictan con sustanciación de las mismas, y el texto del art. 269 prevé que la resolución contradiga la ley invocada por las partes.

Ahora bien ***¿qué ocurre con las providencias simples?***

Las providencias simples son las que, sin sustanciación de las partes, ordenan el proceso, o llevan adelante actos de ejecución. No se exigen fundamentos.

Rodolfo Moreno al comentar la disposición no las menciona. Alude a sentencias e interlocutorias. Creus, en cambio, sin mayores argumentos, las involucra. Este criterio está avalado por las motivaciones que dieron quienes construyeron el artículo del Proyecto de 1891, en el que se



inspiró el C.P. actual (MORENO:281).

***¿Son acaso irrelevantes?*** A primera vista pareciese que sí. No obstante un inadecuado ordenamiento del proceso puede acarrear consecuencias impensadas y graves, como la prescripción de la acción o de la pena. Y puede también ser contraria al ordenamiento previsto en la legislación para la tramitación del proceso. Una inadecuada ejecución también puede acarrear consecuencias gravosas para el patrimonio, la libertad, u otros bienes jurídicos de las partes involucradas. Sobre la base de estas razones no parece razonable excluirlas.

***¿Deben considerarse como resoluciones las disposiciones que se dicten en virtud de la superintendencia de ciertos tribunales o por mandas legales reglamentarias?***

No pareciese ya que las resoluciones que se dictan son las adoptadas en un conflicto entre las partes de un proceso, y no otras vinculadas con otros propósitos (sean de superintendencia o reglamentarias) que eventualmente podrían dar lugar a otros delitos como el incumplimiento de los deberes de funcionario público (C.P., art. 248).

#### ***Dictar resoluciones contrarias a la ley.***

La expresión “*contraria a ley*”, sencilla a primera vista; es, en cambio significativamente compleja. Genera interrogantes adicionales: ¿Cómo debe entenderse la palabra “ley”? ¿Cuándo una sentencia es contraria a la ley? ¿Qué importancia poseen las interpretaciones de la ley? ¿Qué significa la palabra “ley invocada por las partes”? ¿Qué debe hacerse cuando una sentencia es contraria a la ley, pero no invocada ni por el juez ni por las partes? ¿Posee alguna relevancia el trámite que se imprima a la resolución dictada?

#### ***¿Qué significa la palabra “ley”?***

Veamos: “la” ley no es única. Las leyes se presentan en conjuntos complejos, mutantes y multirrelacionados. Existen disposiciones de mayor jerarquía que otras que pueden llegar a invalidarlas. Son todos aspectos que deben ser tenidos en cuenta al momento de analizar la expresión que comentamos.

Máxime cuando los cambios normativos son veloces, y las modificaciones de una ley impactan ineludiblemente en las restantes, sobre todo si las reglas que cambian son las de mayor jerarquía.



Ahora bien *¿qué reglas denota la palabra ley?*

¿Involucra todo tipo de normas, o sólo algunas de ellas? ¿Involucra las Constituciones o sólo las leyes? ¿Involucra las ordenanzas municipales? ¿Involucra las reglamentaciones que el Poder Ejecutivo hace de las leyes dictadas por los poderes legislativos? ¿Y las Constituciones, las leyes, y las normas que reglamentan su ejercicio, o sin las cuales las leyes no pueden poseer significación?

La palabra ley no posee en el C.P. un significado predeterminado, a diferencia de los que ocurre con expresiones como “ordenanzas” o “reglamentos” previstos en el art. 77.

En este sentido la expresión “ley” merece que nos detengamos en ella. A veces se la utiliza para aludir a las reglas producto de un determinado proceso legislativo. En otras a cualquier tipo de reglamentación general.<sup>15</sup>

Si se analizan cuidadosamente las leyes (tanto nacionales como provinciales) se podrá advertir que en muchos casos es necesario contar con otras reglas que permiten delimitar su significado. Tal es lo que ocurre con las reglamentaciones de las leyes, o con otras reglas (legales o no) en la medida en que están aludidas por las leyes. Así por ejemplo la determinación de la palabra estupefaciente exige en el art. 77 del C.P. que ciertas sustancias capaces de producir dependencia física o psíquica están comprendidas en un catálogo que elabora el Poder Ejecutivo Nacional. Del mismo modo las leyes sanitarias locales o nacionales, son necesarias para especificar la significación del art. 206 del C.P.. En estos casos las reglamentaciones se integran en el contenido de las leyes y deben ser por lo tanto consideradas parte de ellas.

No pareciese en absoluto razonable excluir de la palabra “ley” las reglas de la Constitución Nacional; la “ley de leyes” como se la suele denominar. Implicaría una singular inconsistencia valorativa. Sin embargo el art. 270 del C.P. es, en este sentido, diferente al art. 248 que reglamenta el incumplimiento de los deberes de funcionario público, que prevé la posibilidad de que un funcionario público dicte resoluciones contrarias a las constituciones.

*Y ¿cómo deben ser considerados los contratos?*

Para las partes los contratos se asimilan a las leyes según el art. 1197 del Código Civil y cuando una parte invoca un contrato con la restante, está invocando algo así con una ley de muy pocos

---

<sup>15</sup> A la palabra ley se la puede emplear con distintos significados, y dentro de la concepción jurídica, ser empleada en sentido material o bien formal. La primera alude a toda normativa posible aplicable, y la segunda a las normas derivadas del Poder Legislativo de cualquier nivel, por el procedimiento establecido.





destinatarios: las partes del contrato. En este sentido es relevante la expresión del C.P.A. “*leyes invocadas por las partes*”, pues, en el caso de los contratos esas “leyes” no involucran a cualquier tipo de personas, sino a las partes en conflicto.

En ocasiones los contratos suelen relacionar a partes desiguales, de modo que a una sólo le cabe adherirse a los términos de un acuerdo que solamente la otra fórmula.

### ***Las interpretaciones de la ley.***

Un factor que complica la aplicación de la expresión “*contraria a las leyes*” es que las leyes están construidas en lenguajes naturales cuyas características hacen inevitable la interpretación. Pueden suscitar no pocas dificultades, sobre todo cuando contienen expresiones más vagas e indefinidas como suelen ser “los principios”. De modo que la ley no se presenta como una máquina que habla por sí, sino conforme se la lea o interprete.

En este sentido cuando una cuestión es interpretable, y sobre todo cuando existe una gama variada de formas de interpretarla, no se ha considerado que una resolución sea contraria a la ley sencillamente porque contraviene otra forma de interpretar el texto legal<sup>16</sup>.

### ***Pero acaso ¿todo tipo de interpretación es válida?***

En primer lugar debe recordarse que existen reglas que prescriben cierto tipo de significados (*C.P., Art. 77*) y otras que reglamentan la interpretación de las leyes<sup>17</sup>. Y que estas leyes forman parte de las leyes que pueden ser contrariadas por una resolución judicial. Incluso la interpretación de los contratos está reglada<sup>18</sup>. Pero estas reglas que regulan la interpretación de otras reglas, también se formulan en lenguaje natural en muchas ocasiones mucho más vago e impreciso que lo textos legales, como ocurre con los “principios generales del derecho”, o la formulación de “principios” en general.

### ***¿Qué ocurre con los silencios o lagunas de la ley?***

<sup>16</sup> El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que “*El error de derecho excusa la culpabilidad y todo aquello que caiga dentro de los límites de la interpretación está fuera de la figura del prevaricato*” (*SCJBA, ver en JUBA: Sumario B92330, Causa JEMF LP, 8 RSD 26-6 S, del 12 de junio de 2006, y Sumario B87947, Causa JEMF LP, 1804 RSD 1804-98 S, del 15 de julio de 1999*). Asimismo que “*Excluye (el prevaricato) a los casos que constituyen temas o cuestiones opinables en la aplicación del derecho al caso concreto*” (*SCJBA, ver en JUBA: Sumario B88422, Causa JEMF LP, 760 RSD 760-97 Sentencia del 26 de junio de 1997*”).

<sup>17</sup> Por ejemplo arts. 15 a 22 y 902 del C.C.; arts. 1 y 3 del CPP; arts. 56, 57 y 171 Constitución de la provincia de Buenos Aires. A nivel internacional, las reglas 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; el art. 3 de la convención internacional de los Derechos del Niño; y arts. 29 a 31 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de san José de Costa Rica (CADH).

<sup>18</sup> Se refieren a la interpretación de los contratos los arts. 21, 1197 y 1198 del Código Civil, entre otros.



Los jueces no pueden pretextar en el silencio de la ley o las lagunas de la ley para evitar el fallo.<sup>19</sup>

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 171, establece que *“las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.”*

Sin embargo el silencio de la ley tiene repercusiones y formas de interpretarse diversas según sea la materia regulada.

Por otra parte si cualquier interpretación fuese válida entonces el sentido y significación de la expresión “contrario a la ley” se vería completamente resentido y vacío de significado.

Con razón advirtió Rodolfo Moreno que *“es difícil declarar reo de delito a un magistrado inteligente y capaz, si quiere tergiversar los preceptos y dar apariencia de ciencia jurídica a opiniones personales contrarias a los mandatos de los Códigos”* (MORENO:279).

Un modo de enfrentar estas dificultades es tener presente los propósitos e intenciones de los jueces al dictar sus resoluciones, su buena o mala fe, en especial cuando *“el argumento sea forzado y no corresponda la conclusión a lo que dice el precepto legal”* (MORENO:279).

Pesquisar sus móviles, analizar cuidadosamente los fundamentos dados y los argumentos vertidos y su versación, permitirán examinar sus buenas o malas intenciones. Es decir determinar si actuó queriendo dictar una resolución contraria a la ley, o a sabiendas que producía ella, o si, simplemente dictó una resolución con otras motivaciones o por error.

### ***¿Importa el trámite de las resoluciones una vez dictadas?***

Es esta un pregunta interesante porque una vez que han sido dictadas se impone su notificación a las partes que pueden conformarse o no con ellas, y pueden ser o bien modificadas por el propio juez (mediante el recurso de reposición o la reposición oficiosa) o bien por jueces de mayor jerarquía que pueden descalificarlas anulándolas (por arbitrarias, por ejemplo) o revocarlas, haciendo lugar a apelaciones o casaciones que se hubiesen interpuesto.

Por otra parte las resoluciones pueden o no haber sido ejecutadas.

---

<sup>19</sup> Así lo establece el art. 15 C.C.: *“Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.”*



El texto legal no exige que las resoluciones hayan sido notificadas ni ejecutadas.

La reposición oficiosa (usualmente prevista por pocos motivos) implica según las reglamentaciones procesales la admisión del error o de omisión por parte del Juez, que implicaría que no ha actuado con malicia y que ha reparado el error cometido. Sin embargo no podría descartarse la tentativa, sin un minucioso análisis del caso.

La ejecución de la resolución o sentencia implica la vulneración de los bienes que afecta, y no sólo el daño producido a la administración de justicia, de modo que puede ser considerada como un motivo de agravación de la pena (*C.P., arts. 40 y 41*).

### ***Citar hechos falsos para fundar una resolución.***

La expresión presenta algunas dificultades y genera preguntas: *¿Qué es un hecho? ¿Cuándo un hecho es falso?*

Veamos la primera pregunta. Los hechos no se presentan de modo evidente a las personas. Se percibe según relatos o versiones que, en los juicios, se sustentan con pruebas. Los hechos, en los procesos judiciales, son, de alguna manera “fabricados”, “construidos”, “hechos” por los jueces; es decir son el resultado de procesos constructivos, según las reglas del proceso y de la prueba. Por eso es que, en realidad, no cuenta sólo lo que podría considerarse la “verdad real”, sino una verdad ficcional, una verdad jurídica<sup>20</sup>.

Con esta consideración preliminar: ***¿cuándo podría considerarse que existe un hecho falso?***

Cuando se ha “fabricado un hecho” al margen de la prueba reunida en el proceso (un hecho “inexistente” para la prueba colectada). O un hecho sustentado en pruebas deliberadamente mal colectadas o valoradas. Claro que en este segundo caso, el juez que adoptase semejantes actitudes habría vulnerado las reglas de la prueba, es decir habría dictado una resolución “contraria” a las leyes que reglamentan la prueba. De este modo, los “hechos” construidos sobre la base de interpretaciones o usos razonables de la prueba, sea en su producción o valoración, no pareciesen resultar “falsos”.

Ahora, ***¿cualquier hecho falso mencionado en una resolución judicial hace incurrir en el delito a quien la suscribe?***

La expresión “hecho” es además, vaga. Puede connotar acontecimientos o circunstancias

<sup>20</sup> En este sentido opinó el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires: “*El perjuicio no consiste en la discrepancia entre los hechos afirmados por el testigo y los hechos reales, sino en la diferencia entre los hechos “declarados” y los hechos “sabidos”. El prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho o hecho declarado y el derecho o hecho objetivo, sino entre el derecho o hecho “declarado” y el “conocido”*” (Ver en JUBA: Sumario B86969, Causa JEMF LP 1142 RSD- 1142-95 S del 12 mayo de 1998).



relevantes para las reglas que sirven de base para la decisión. Porque no cualquier “hecho” falso es relevante, sino aquellos que sirvan de fundamento a la resolución con la que se “prevarica”.

De este modo un hecho “falso” sería, por ejemplo, en una lesión culposa:

- . “Alterar” la fecha del hecho para permitir aplicar una ley distinta.
- . “Alterar” el lugar del hecho, con propósitos análogos, o para desplazar una jurisdicción.
- . Consignar una velocidad de circulación no probada, para convertirla en “prudente” o “imprudente” “reglamentaria” o “antirreglamentaria”.
- . Imaginar una lesión (o una gravedad de las lesiones) no acreditadas.
- . “Crear” una mecánica del hecho, sin sustento en la prueba.

### ***Citar para fundar una resolución, resoluciones falsas.***

En este texto *¿Qué significa la palabra “resolución”, o “resoluciones”? ¿Denota sólo las resoluciones judiciales o comprende otras?*

En numerosas decisiones judiciales se emplean resoluciones administrativas que emanan de los distintos poderes del Estado u ordenanzas municipales con alcance variado. A veces son disposiciones de tipo general, en ocasiones no. Es este el alcance que le otorga la quinta acepción en el diccionario de la lengua al caracterizar la resolución como “5. f. Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial.”<sup>21</sup>. Y no existen en el texto legal razones que lleven a limitar el alcance que esta acepción le otorga como ocurre, en cambio, con las resoluciones que forman parte del prevaricato que son las que un juez dicta, y que debe fundar en la ley, o en los hechos, es decir al cabo de un proceso o en un proceso. No parece razonable excluir este tipo de resoluciones. En cuanto a las resoluciones judiciales, serán los “precedentes jurisprudenciales”, sin que existan buenas razones para distinguir entre precedentes del propio juez que dicta la resolución o de otros jueces o tribunales.

### ***Ahora bien ¿Cuándo esas resoluciones pueden ser consideradas falsas?***

Tomar como parámetro los supuestos de falsedad de los hechos puede dar buenos argumentos para proponer significados. Vale decir cuando se invoquen resoluciones inexistentes, o cuando se

<sup>21</sup> <http://buscon.rae.es/draeI/>



invoquen resoluciones existentes, pero deliberadamente modificadas.

Claro que la cita de los precedentes también presenta diversos tipos de dificultades. Los precedentes son leídos e interpretados por el Juez que los invoca, y como ocurre con las leyes las interpretaciones y lecturas de los precedentes pueden dar lugar a errores o actuaciones de mala fe. No es infrecuente que la invocación sea una mera cita, sin análisis adecuado ni de la “doctrina del precedente”, del alcance de la misma, del marco en el que se dictó, ni de aplicabilidad al caso que se juzga. Pero estos errores deben discriminarse de los usos deliberadamente erróneos, que son los relevantes para el prevaricato.

Finalmente, al igual que con los hechos, no cualquier resolución falsa que se mencione en una resolución judicial hará incurrir en el delito a quien la suscribe. Resolución falsa pueden ser antecedentes jurisprudenciales o juzgamientos precedentes que puedan tener influencia en la resolución que se pronuncia.

### ***Una agravante: Las sentencias condenatorias en causa criminal.***

La norma prevé una importante agravante para el caso de que la resolución a la que aludimos se trate de una sentencia condenatoria en causa criminal. La razón de ser de la agravante se funda en el mayor daño que se puede ocasionar con el dictado de ese tipo de resoluciones. Ello así porque una sentencia condenatoria en sede penal, a diferencia de otra resolución - *de cualquier tipo que fuera* - acarrea la imposición de una pena. Esta siempre importa un castigo que una autoridad (en nuestro ordenamiento jurídico, el poder judicial) impone, mediante determinadas restricciones y/o pérdidas de los derechos de una persona a la que dicha autoridad consideró responsable de una falta o delito.

### ***¿Qué significa una causa criminal?***

Causa criminal es un concepto usado en oposición a causa civil en la redacción legal comentada.

Aquí se plantea la duda si se refiere solamente a causas penales en las que se juzgan delitos graves (que según los códigos de procedimientos son materia de los Tribunales en lo Criminal) o se utiliza en el Código la palabra criminal como sinónimo de penal, incluyendo también las causas correccionales<sup>22</sup>.

No parece razonable distinguir entre crímenes y delitos para reservar el nombre de causas

<sup>22</sup> En la doctrina se han distinguido en ocasiones los delitos de las contravenciones, y en otras se han subdividido los delitos en crímenes y delitos, según la gravedad. En los Códigos de Procedimientos frecuentemente se discriminan la jurisdicción criminal, reservada a los delitos más graves y la jurisdicción correccional que involucra a los más leves.



criminales a aquellas en las que se ventilen los delitos más graves. No hay un criterio uniforme para poder hacer esta diferencia (que es sólo procesal y que varía de jurisdicción en jurisdicción), sobre todo cuando por las reglas del concurso real previstas en el art. 55 del C.P. la sumatoria de muchos delitos de poca escala penal, pueden implicar escalas significativamente más graves. En este sentido, causa criminal es aquella en la que se juzga un delito.

Ahora bien *¿Las causas criminales involucran las causas contravencionales?*

Para Creus y Núñez, sin dar mayores argumentos, sostienen que involucra las causas criminales – *por delitos graves* - y las correccionales; pero que quedan excluidas aquellas que se siguen por contravenciones o faltas (CREUS:349 y NÚÑEZ:150).

La sentencia condenatoria no requiere que se haya ejecutado. Basta con su dictado. La ejecución de una sentencia condenatoria en todo caso podría tener relevancia eventualmente en la mayor magnitud de los daños ocasionados, a la hora de la individualización de la pena (*conf. C.P., arts. 40 y 41*).

Una cuestión añadida es *¿Cómo se debe considerar una sentencia que, sin ser de condena implique severas restricciones a la libertad de las personas tal como ocurre con ciertas medidas de seguridad?*

La respuesta no puede ser general. Dependerá del tipo de medida de seguridad. Algunas funcionan sólo en forma conjunta con la pena, y en este caso las sentencias son claramente condenatorias. Otras se aplican con la pena pero pueden eventualmente sustituirlas, como las previstas en la ley de estupefacientes (Ley 23.737, arts. 16, 17 y 18), o en la legislación penal de los jóvenes, y nuevamente en estos casos los pronunciamientos son condenatorios. En cambio otras son incompatibles con las condenas como son las previstas en el art. 34 inc. 1 del C.P. o algunas de las reguladas en la ley 22.278. Sin embargo importan severas restricciones a la libertad ambulatoria de quienes deben sufrirlas. ¿Es acaso esta una consideración irrelevante? En modo alguno. Será una importante circunstancia agravante de la pena.

También se plantea el problema de si la figura alcanza a los Jueces de los Tribunales de Alzada cuando condenan o confirman una sentencia condenatoria.

De acuerdo al tenor de la ley, la agravante del **art. 269 del C.P.** sólo es aplicable si la sentencia fuere condenatoria. Y las sentencias que confirman las condenatorias claramente lo son.



Ahora bien, ¿qué pasa si por la mayoría absuelve y el juez que conformó la minoría prevaricó, el delito se agrava?

En este caso la sentencia dictada no será condenatoria, pero el tipo de proceso y de voto serán razones de agravación de la pena.

Por otro lado, la expresa remisión del tercer párrafo al primero hace que no le resulte aplicable a los del tercero el segundo supuesto, es decir la agravante.

### **El Tipo Subjetivo. Las Intenciones.**

***¿Cuáles deben ser los conocimientos, las intenciones, y los actos de voluntad que deben tener los jueces, árbitros o amigables componedores al realizar las acciones incriminadas?***

Las actitudes de los jueces y de los sujetos equiparados en el último párrafo deben ser maliciosas, esto es, realizadas mediante mala fe, intencionales o dolosas.

Es una conclusión que enuncian tanto los autores, como los reiterados pronunciamientos de los Jury de Enjuiciamiento<sup>23</sup>. Los autores están de acuerdo en considerar a esta figura como dolosa en cuanto a la forma que adopta la culpabilidad, a diferencia de lo que veremos más adelante en relación al art. 270, donde no resulta tan clara esta posición (*Ver punto 3.2.5*).

La parte especial del Código enuncia los tipos penales a través de figuras de tipo doloso, y taxativamente las formas culposas, ya sea en forma expresa o tácita, cuando se requiere una actuación negligente, imperita o imprudente. De modo que cuando estas exigencias no aparecen en los textos legales, debe considerarse al delito como doloso, que es la regla.

Entonces no es posible sancionar penalmente al juez que actúa negligentemente, en forma irreflexiva o mediando error o ignorancia, de hecho o de derecho<sup>24</sup>.

Otros dos argumentos refuerzan esta interpretación. Por un lado, que un delito de gravedad

<sup>23</sup> El dolo, para esta clase de delitos, radica en que el juez hace pasar como derecho algo que sabe que no lo es. Por ello Soler y Rivarola, entre otros autores, sostienen que la ignorancia o el error de derecho excluyen la tipicidad del prevaricato.

<sup>24</sup> El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que “*Si el prevaricato consistiera en la disconformidad pura e inocente entre la sentencia de los jueces y la ley, no habría ningún juez, especialmente entre los de primera instancia, libre de prevaricato*” (SCJBA, ver en JUBA: Sumario B87947, Causa JEMF LP, 1804 RSD 1804-98 S, del 15 de julio de 1999); y que “Una aplicación apresurada o generalizada de esta calificación delictiva a posibles errores judiciales desalentaría el desempeño de funciones de Juez” (SCJBA, ver en JUBA: Sumario B88422, Causa JEMF LP, 760 RSD 760-97 Sentencia del 26 de junio de 1997”).



menor como el del art. 273 del C.P. exige una conducta maliciosa. Por otro lado, si optaríamos por la solución contraria a este razonamiento y admitimos la posibilidad de negligencia en el dictado de las resoluciones a las que aluden las figuras, se podría dar la circunstancia de que un juez sea condenado con una pena de multa mayor (de 3.000 a 75.000 pesos) y una inhabilitación absoluta, por un hecho poco grave mediante el dictado de cualquier resolución aunque causare poco daño, frente a una inhabilitación de uno a seis años (pena significativamente menor) por la privación de la libertad personal en forma ilegítima y por los mismos medios (figuras del art. 270), configurando una inconsistencia valorativa relevante.

Debido quizá a una equiparación o extensión del concepto más allá de la reunión de todos los elementos de la figura, a menudo, en las etapas recursivas, los abogados hacen referencia como agravio en sus escritos al presunto prevaricato cometido por el juez que falló en la resolución que se intenta impugnar; muchas veces sin formular la denuncia respectiva<sup>25</sup>. Esto ocurre en los recursos ordinarios, como en el de Casación, o en los extraordinarios, para fundar en este delito la arbitrariedad del juez; y también en las acciones de revisión. En este último supuesto la ley procesal establece específicamente que la acción de revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes, cuando *la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito*”, donde además tendrá lugar a reparación, según lo establecido por el art. 14 inc. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (C.N., art. 75 inc. 22). A diferencia de la alusión que realizan los impugnantes en los otros recursos, en la acción de revisión es necesario que la existencia del prevaricato hubiese sido declarada en fallo posterior irrevocable, como establece la misma norma, aunque también prevé que *“cuando en el supuesto de cohecho o prevaricato la acción penal estuviere extinguida o no se pudiere proseguir, igualmente se deberán indicar las pruebas que demuestran el delito”* (Art. 479 del Código de Procedimientos Penales de Nación y Art. 467 de C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires).

Más allá de ello, las conductas negligentes de los jueces que no encuentren adecuación en esta figura legal por ausencia de intencionalidad, pueden ser capaces de ser calificadas como faltas graves o caer dentro del concepto amplio e indefinido de *“mal desempeño de las funciones”* (BIDART CAMPOS:193). Cuando estas faltas son realizadas en forma reiterada o el mal desempeño es

<sup>25</sup> Solamente a modo de ejemplo podemos citar causas N° 2929, 2947 y 2948 de la Sala I del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires.





evidente, se configura la causal para remover a los magistrados, sin necesidad de que se configure el delito en análisis (CURUCHAGA:265).

El Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, publicado en 2008, a diferencia del Código vigente, incluye al “*prevaricato culposo*”. Prevé las figuras del prevaricato y retardo de justicia en los capítulos IX y X respectivamente en el Título XIII que lleva el mismo título: “*Delitos contra la Administración Pública*”, y luego de establecer la figura básica dolosa en el art. 312 en forma similar al texto actual, tipifica inequívocamente la variante culposa en el art. 313 con las siguientes palabras: “*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.*”

#### Ahora bien, *¿En qué consiste el dolo que se requiere?*

En el conocimiento de las acciones que se realizan, la comprensión de su ilicitud o falsedad, y en la voluntad de realizarlas a pesar de este conocimiento, lo que usualmente se denomina dolo directo. Y salvo la incidencia del ánimo de lucro, es indiferente el propósito ulterior, aunque a veces es factible indagar en los motivos de fondo para captar esa intencionalidad<sup>26</sup>. Otras variantes del dolo merecerían un análisis que excede este comentario.

#### *¿Qué debe hacerse si jueces, árbitros o amigables componedores actúan con ánimo de lucro?*

En este caso debe tenerse en cuenta la previsión de la pena conjunta de multa regulada por el art. 22 bis. del C.P.. Esta agravante es aplicable a todas las figuras del artículo, no obstante que solamente la del segundo párrafo (sentencia en causa criminal) sea la única que no prevé multa expresamente, frente a las otras que sí lo hacen en forma conjunta, en las cuales la multa podrá aumentarse en el máximo de la misma hasta 90.000 pesos.

#### **Las formas ampliadas de adecuación típica: la participación y la tentativa.**

La participación como la tentativa están estrechamente relacionadas con el modo como se

<sup>26</sup> El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios entendió que “...para imputar un hecho como prevaricato, no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia; será preciso mostrar la incorrección moral del juez. Y para ello será igualmente preciso investigar los “motivos” que pueden haber torcido el pronunciamiento” (Ver en JUBA: Sumario B86969, Causa JEMF LP 1142 RSD- 1142-95 S del 12 mayo de 1998).



interpretan las actitudes anímicas del juez, porque si se concluye que estas figuras delictivas no requieren de una intención directa, es decir, no son dolosas, entonces no es posible pensar la tentativa, ni la participación al menos en las formas que impliquen un acuerdo destinado a la comisión de un delito determinado.

### **La Participación.**

Si bien el prevaricato exige particulares características en los sujetos punibles, este requerimiento no obstaculiza la aplicación de las distintas formas de la participación (necesaria, eventual, o posterior al hecho cumpliendo una promesa anterior) y la instigación (*C.P., arts. 45 y ss.*). En el supuesto del dictado de resoluciones a cargo de un Tribunal – *colegiado* -, se pueden dar casos especiales de participación o coautoría.

### **La Tentativa Idónea.**

Gran parte de la Doctrina sostiene que la tentativa es inadmisibles en estos casos (CREUS:350). Así lo invoca por ejemplo Donna que expresa que la *doctrina se inclina por negar la posibilidad de la tentativa* (DONNA:422). Soler también cita en este sentido a Núñez y a Fontán Palestra (SOLER:278). Explican que la tentativa no es posible porque la consumación se daría con el dictado de la resolución injusta (si es por escrito con la firma del escrito, si es oral basta con su pronunciamiento), independientemente de que la resolución pueda ser revisada por un tribunal de alzada<sup>27</sup> o de que cause o no un daño adicional, ulterior a ella. El prevaricato se consumaría entonces con la contradicción objetiva entre lo declarado y lo que se debió declarar, más la contradicción entre lo declarado y lo conocido. Es decir, se consumaría con el dictado de la resolución (aunque la resolución sea revocada o no alcance ejecutoriedad) (NUÑEZ:150). Es decir, estaríamos en presencia de lo que se ha conocido como un delito de cumplimiento instantáneo.

Sin embargo, entendemos que no se puede negar tal posibilidad a priori y sin indagar en las interpretaciones de la ley y en los casos concretos:

La posibilidad de aplicar la tentativa depende de los modos como se interprete el art. 42 del C.P. que contiene una ambigüedad sintáctica, ya que la expresión “*comience su ejecución*” puede referirse

<sup>27</sup> “...Una resolución de alzada no puede transformar en prevaricato una resolución que no era prevaricante en el momento en que se dictó, porque la prevaricación está en la conciencia del juez y no en el auto mismo. En este sentido, el prevaricato es un delito formal...” (SOLER:278).



a la ejecución de la intención de cometer un delito determinado, o la ejecución de la acción delictiva en sí misma.

Para quienes interpretan que el comienzo de ejecución no implica necesariamente la realización de la acción punible, sino de hechos objetivables que evidencien inequívocamente la intención de cometer un delito (NÚÑEZ:150), la tentativa de prevaricato es, sin duda, posible.

Pero aunque la interpretación que se asigne al art. 42 del C.P. implique que deban ser comenzadas a ejecutar las acciones punibles, tampoco es posible descartar, a priori, la tentativa, en especial en aquellos casos en que puede producirse, legalmente, una cesura de la decisión entre el momento en que se la anuncia y el momento en el que se la funda. Porque en estos casos hay un tiempo entre el dictado y el fundamento que permitiría la intervención de circunstancias ajenas a la voluntad del autor que impida la consumación del hecho. Lo mismo sucede, tal cual lo adelantamos, cuando en un pronunciamiento existen momentos diversos, como el del veredicto y el de la sentencia.

### **La Escala Penal De La Tentativa.**

La escala penal de la tentativa es compleja por dos motivos. Uno deriva de las múltiples formas como se han interpretado las expresiones contenidas en el art. 44 del C.P. en tanto se refieren a que la pena “*será disminuida de un tercio a la mitad*”. La segunda se vincula con un vacío legal porque en el texto del art. 44 no se ha previsto la escala correspondiente a la inhabilitación perpetua, sea absoluta o relativa.

Las tesis sobre el modo de interpretar la disminución de las penas divisibles en el art. 42 son variadas. Su relevancia radica, por un lado en la determinación del máximo de pena aplicable que se toma en cuenta para la determinación del plazo de prescripción de la acción.

En relación a la inhabilitación absoluta podrían vislumbrarse distintas posibilidades:

- a. Que no se reduzca.
- b. Que se reduzca según algún criterio.

La no reducción implica una suerte de desorden valorativo en el régimen del art. 5 del C.P., por la que las penas más graves (las privativas de libertad) en su más grave individualización legal (la perpetuidad) tendrían previstos modos de reducción para la tentativa; lo que no ocurría con la inhabilitación perpetua. Por otro lado “equipararía” en este sentido una parte de la escala penal de los delitos tentados con los delitos consumados.



Jorge De La Rúa reconoce que en este caso hay una laguna pues el Código se limita a la reclusión y a la prisión perpetua. Cita el mismo autor la opinión de algunos juristas que sostienen que la escala de la inhabilitación no se encuentra comprendida por la reducción de la tentativa, pues el legislador cuando quiso referirse a ella lo hizo expresamente. Se opone a esta tesis ya que ello llevaría a decir también que no comprende la inhabilitación temporal, cuando en realidad el art. 44 solamente alude a escala penal, sin discriminar entre las especies. Concluye así que la inhabilitación perpetua absoluta se puede reducir pues el sentido de nuestra legislación es castigar con menor pena al delito tentado, y propone como camino el de la analogía a favor del reo (*in bonam partem*), con la reclusión – *por ser la absoluta la pena más grave* - perpetua, por lo que la escala de la tentativa en la inhabilitación perpetua absoluta quedaría de 15 a 20 años (C.P., art. 44) (DE LA RUA:788).

### **La Escala Penal Aplicable.**

La escala penal aplicable es del todo relevante en especial porque da pistas sobre la valoración de familias de hechos, y por las consecuencias harto relevantes que implica.

Al analizarla se generan interrogantes de relevancia:

*¿Es justa la escala penal prevista? ¿Presenta consistencia valorativa con otras escalas penales previstas en el C.P.?*

*¿Cómo debe determinarse en el caso de concursos ideales?*

*¿Qué consecuencias se siguen de la escala penal?*

### **La escala penal simple.**

Analicemos primero las escalas penales simples (C.P., art. 269, primer párrafo).

La escala penal simple contiene penas conjuntas de multa e inhabilitación absoluta perpetua. El máximo de la pena de multa (75.000 pesos) es menor al previsto por el art. 22 bis: 90.000 pesos, de modo que de mediar ánimo de lucro es éste el máximo que debe aplicarse.

### **La inconsistencia valorativa.**

No deja de ser una singular inconsistencia valorativa que esta escala penal sea *-teniendo en cuenta el orden de las especies de penas del art. 5 -*, sensiblemente inferior a la del falso testimonio que es de un mes a cuatro años de prisión (C.P., art. 275) e incluso al incumplimiento de los deberes



de funcionario público (*C.P., art. 248 y ss.*) que prevé acciones análogas a las del prevaricato. Porque el testigo no es un profesional de derecho, no ha jurado cumplir con la legalidad, y no recibe paga alguna por su tarea a diferencia de lo que ocurre con los jueces, los árbitros o los amigables compondores. Baste pensar que un “juicio” armado con falsos testimonios, pero no en una causa criminal o con una sentencia absolutoria en una causa criminal, implicaría una pena de prisión para los testigos falsos y de multa e inhabilitación para los jueces. Tampoco es consistente con la escala penal prevista para el incumplimiento de los deberes de funcionario público que castiga acciones similares a las previstas para los jueces en el prevaricato, pero con penas de prisión e inhabilitación especial (*C.P., art. 248*). Sobre todo si se tiene en cuenta que los jueces poseen un régimen de designación y remoción significativamente más complejo que el de otros funcionarios públicos, que corresponde a su versación jurídica.

### **Las consecuencias jurídicas de esta escala penal: Suspensión de juicio a prueba y condena de ejecución condicional.**

Ninguna de las penas previstas en estas escalas podría dar lugar a la **ejecución condicional** (*C.P., art. 26 tercer párrafo*), ni admite la **suspensión del juicio a prueba**, según la interpretación estricta de los arts. 26 y 76 bis del C.P. en cuanto a la previsión de la inhabilitación como pena conjunta.<sup>28</sup> Las penas de inhabilitación<sup>29</sup> impiden el otorgamiento de la Suspensión del Juicio a Prueba y en consecuencia de la condenación con penas de ejecución condicional, salvo interpretaciones que sostienen criterios amplios<sup>30</sup>. Si por el contrario se adopta este criterio amplio que viene ganando algún terreno en los tribunales, deberá pagarse el mínimo de la multa en el caso de la figura básica, y solamente si se condenase al mínimo de la pena de prisión (en las figuras agravadas del segundo párrafo) se podría suspender a prueba o condenado condicionalmente.

### **Prescripción de la acción**

<sup>28</sup> Esta es la solución establecida por la Cámara Nacional de Casación Penal en el conocido plenario N° 5 “Kosuta”, del 17 de agosto de 1999 en el cual se trataron diversas cuestiones, entre las que se dictaminó en el Punto II que “*No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa.*”

<sup>29</sup> La inhabilitación en el C.P. se encuentra en: Art. 19 del C.P. inhabilitación absoluta, art. 20 del C.P. inhabilitación especial y art. 20 bis. del C.P. inhabilitación como agravante genérica (cuando el delito cometido importa incompetencia o abuso en el ejercicio de un cargo o empleo público) y la rehabilitación prevista en el art. 20 ter. del C.P.. Asimismo, se debe tener en cuenta el cargo conforme pautas de individualización judicial de la pena (arts. 40 y 41 del C.P.).

<sup>30</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha pronunciado en forma directa sobre este tópico, aunque parecería dejar la puerta abierta en los fallos “Acosta” y “Norverto”. En el ámbito del departamento Judicial La Plata, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 tiene declarada inconstitucional la pena de inhabilitación para los delitos culposos.



La prescripción de la acción plantea dificultades derivadas de la escala penal, y de vacíos del art. 62 del C.P..

En este artículo no se ha previsto qué hacer con las acciones de delitos que contengan penas conjuntas, aunque se prevé la prescripción de la acción de delitos reprimidos “únicamente” con inhabilitación perpetua, o de hechos reprimidos con multa.

El caso que nos ocupa es complejo porque la inhabilitación perpetua con que se reprime no es pena única, sino conjunta con la multa; y porque la multa, que no contiene esta restricción, prevé un plazo de prescripción mucho menor que la inhabilitación perpetua: dos años.

De modo que si se selecciona este último plazo de prescripción las consecuencias disvaliosas serían significativas ya que los delitos más gravemente castigados tendrían un plazo de prescripción menor; lo que, además controvierte toda la forma de regulación de los términos de prescripción.

Tampoco parece razonable sostener que la acción sea imprescriptible, porque se introducirían severas inconsistencias valorativas, ya que la acción penal por algunos de los más graves delitos prescribiría, pero no la acción por delitos de gravedad menor.

Los arts. 67 y 226/227 bis. del C.P. resultan relevantes en este sentido, pues regulan los supuestos de suspensión del curso de la prescripción. *“...Cuando la pena de inhabilitación es pena única la acción penal prescribe a los cinco años si es perpetua, y al año si es temporal (art. 62 incs. 3° y 4°, Cód. Penal). En tanto no se encuentra determinada la prescripción de la pena de inhabilitación, lo que ha dado lugar a interpretaciones encontradas entre aquellos que sostienen que es una pena imprescriptible y los que, por el contrario, entienden que sí prescribe...”* (DOMENECH:150).

### **El incumplimiento de las penas.**

El incumplimiento de la multa da lugar a su “conversión” en prisión, según la regla del art. 21 del C.P.. El monto máximo, y las previsiones de la ley 24.660, permiten en estos casos la ejecución en alguna de las formas de la semidetención o prisión discontinua (*Ley 24.660, art. 35 inc. b*).

El quebrantamiento de la inhabilitación absoluta configura la comisión de un nuevo delito (C.P., *art. 281 bis*) que concurrirá con el prevaricato según las reglas de los arts. 55 y 56 en virtud de la remisión del art. 58 del C.P.. La pena de prisión impuesta en este caso no podrá ser de ejecución condicional, porque no se trataría de la primera condena (*C.P., art. 26*).

No se ha previsto que un incumplimiento de la inhabilitación imposibilite una nueva



rehabilitación pero difícilmente podrá sostenerse que el condenado se haya comportado correctamente, una exigencia básica de la rehabilitación (C.P., *art. 20 ter*).

### **El cumplimiento de las penas.**

Vale destacar que aunque en la escala penal prevista para el delito, no esté contemplada expresamente la sanción con penas de inhabilitación especial, podría resultar aplicable en razón de lo normado por el artículo 20 bis. del C.P.. Ello así, siempre que el delito cometido importe incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público.

La multa se cumple con el pago que puede ser en cuotas o con trabajo libre (C.P., *art. 21*).

La inhabilitación absoluta perpetua es relativa porque da lugar a la “*rehabilitación*” prevista en el art. 20 ter del C.P. tras 10 años de cumplimiento.

### **Las escalas penales agravadas.**

Las escalas agravadas reconocen un doble origen. Por un lado en figuras delictivas agravadas, por otro en la posibilidad de aplicar las formas de agravación previstas en la parte general del C.P. o en otros lugares del mismo código, o en otras leyes, en cuanto sean compatibles con los prevaricatos (*ver nota N° 8*).

### **Las escalas penales agravadas específicas.**

Veamos primero las escalas penales agravadas por figuras delictivas calificadas.

La escala penal derivada del dictado de una sentencia condenatoria en un juicio criminal es de **tres a quince años de prisión o de reclusión**, en el caso del art. 269 segundo párrafo.

Como vimos, la figura prevé un agravante para el caso de que la resolución a la que se alude en la figura básica sea una “*condenatoria en causa criminal*”. La pena prevista en este caso es de tres a quince años de alguna pena privativa de libertad, lo que agrava considerablemente la pena en su comparación con la figura del primer párrafo; manteniendo la inhabilitación absoluta.

Como adelantamos, solamente la aplicación en concreto del mínimo de la prisión permitiría la condena de ejecución condicional (no si se aplica reclusión y solamente si se interpreta que la inhabilitación prevista en forma conjunta no es óbice: *Ver nota N° 29*).

El término de prescripción de la acción penal es de 12 años, ya que el máximo de la pena es de 15 años de pena privativa de libertad (C.P., *art. 62 inc. 2*).



### **Las escalas penales agravadas genéricas.**

Al realizar el catálogo de las figuras delictivas, nos referimos a las agravantes genéricas contempladas en el Código Penal y en leyes complementarias. También nos referimos a sus diversas interpretaciones (*Ver nota N° 8*). Las que podrían relacionarse con los prevaricatos son:

- El Motivo constitucional: Cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional (*C.P., art. 227 ter.*). Este agravamiento no sería aplicable cuando esa acción se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate, cosa que no ocurre en ninguna de las figuras del prevaricato.

- Los Actos Discriminatorios: Cuando el delito sea cometido por persecución u odio a una raza, religión, nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (*Ley N° 23.592, art. 2*), agravando en un tercio el mínimo y el máximo, no pudiendo exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate. Esta agravante no posee restricciones en cuanto a su aplicación y puede ser claramente un motivo para fallar en forma ilegítima.

- El uso de Estupefacientes: Si se usaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito (*Ley 23737, art. 13*), que también agrava en un tercio el mínimo y el máximo, pero la escala penal no puede exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate. Aquí tampoco hay restricciones en cuanto a su aplicación, salvo que se interprete que la alusión a “*otro delito*” solamente alcanza a los que se encuentran dentro de la misma ley de estupefacientes, lo que parece excesivamente restrictivo y no se condice con el espíritu y fin perseguido por la norma.

- La intervención de un menor: Aunque a primera vista pueda resultar impensable o poco probable la participación con intervención de un menor en estos delitos, la agravante del art. 41 quater C.P. (“*cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo*”) puede resultar compatible con el prevaricato, mediante la aplicación de las reglas de la participación criminal y la de los concursos. Por ejemplo, con la intervención de un testigo menor de edad que atestigüe falsamente.

- El empleo de un arma de fuego: En cambio la agravante genérica del art. 41 bis C.P. puede presentar algunas dudas en cuanto a su compatibilidad con el prevaricato. Esta se configura “*cuando*





alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego”, agravando 1/3 en su mínimo y en su máximo. Si bien en principio es un agravante genérica sin limitaciones que la establecida por la misma regla<sup>31</sup>, una interpretación restrictiva de la norma alude a que debe tratarse específicamente de delitos contra las personas, entre los cuales no se encuentran obviamente los que protegen a la administración pública.

Finalmente, resulta inequívocamente ajena al prevaricato la agravante genérica del art. 2 de la ley de Prevención y Sanción de la Violencia en Espectáculos Deportivos (*Ley N° 24.192*).

#### Los prevaricatos del art. 270 C.P..

**Art. 270.-** Será reprimido con multa de \$ 2.500 a \$ 30.000 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 (*texto conforme ley N° 24.286*).

#### El art. 270 contiene las siguientes figuras delictivas:

- 1) El juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda.
- 2) El juez 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.

El artículo 270 del C.P.P. prevé entonces 2 posibilidades, además de las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes complementarias que ya vimos.

<sup>31</sup> La restricción en cuanto a la aplicación del agravante que establece la propia norma consiste en que “*la violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificador del delito de que se trate*”.



### **Los sujetos punibles.**

En este caso los sujetos punibles son los “jueces” que ya han sido analizados con motivo de los prevaricatos el art. 269; pero a diferencia de las figuras de esa disposición, las del art. 270 no se hacen extensivas a los árbitros y arbitradores amigables componedores. Este delito sólo puede ser cometido por el juez con competencia penal para investigar y/o juzgar delitos. Razón por la cual puede pensarse que no admite la coautoría, pero sí la complicidad.

### **Las acciones punibles.**

Las acciones punibles son dos diferentes:

- . Dictar una prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda.
- . Prolongar una prisión preventiva cuando computada en la forma prevista por el art. 24, se hubiese agotado la pena máxima que podría corresponder al imputado.

### **Estas acciones generan distintas interrogantes:**

#### ***La prisión preventiva.***

El caso de la prisión preventiva presenta interrogantes y es necesario, a su respecto, hacer discriminaciones.

#### ***¿Qué significa la palabra prisión preventiva? ¿Denota las detenciones o aprehensiones?***

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal y de excepción prevista por los Códigos Procesales, que restringe la libertad de una persona en los casos de imputación de delitos que tengan previstas como sanción una pena privativa de la libertad, para asegurar el cumplimiento de sus resultados, por peligro de fuga, y el entorpecimiento de la investigación (CREUS:352).

La prisión preventiva no procede ante casos donde se impute un delito que tenga como pena en expectativa sólo las de multa y/o inhabilitación. Además, para su procedencia, resulta necesario el cumplimiento de otros presupuestos que se prevén justamente en los códigos procesales.

Núñez hace referencia al art. 366 del C.P.P. de Córdoba: *“La Prisión Preventiva no equivale al procesamiento del imputado, ni equivale a su detención o arresto, sino que es la privación de la libertad impuesta por el juez como medida de seguridad procesal, al supuesto responsable de un delito reprimido con pena privativa de la libertad...”* (NÚÑEZ:151).



Por otro lado es necesario discriminar dos situaciones distintas:

**a.** Cuando se dicta una prisión preventiva contraria a la ley (situación comprendida por la figura genérica del art. 269).

**b.** Cuando se dicta una prisión preventiva por delito en virtud de la cual no proceda.

En el primer supuesto, puede ocurrir que se dicte una prisión preventiva contraria a la ley por una calificación diversa, sea por el delito involucrado (sea el “tipo de delito”), o el grado de su comisión (tentado o consumado), por el modo de actuar del acusado (autor, coautor, partícipe necesario, partícipe secundario o auxiliador subsiguiente), o por la existencia de algún tipo de eximente. Y es un supuesto de resolución contraria a la ley prevista en el primer párrafo del art. 269, que ya analizamos.

En el segundo el delito es un prevaricato por medio del cual se impone la prisión preventiva, y está regulada como figura específica en el art. 270.

Claro que en el primero de los supuestos se puede llegar a producir una severa inconsistencia porque cuando se dicte una prisión preventiva contraria a la ley por otras razones que no sea la improcedencia por el delito que se dicta, entonces la pena sería significativamente menor, aunque el agravio fuese el mismo. En este supuesto Núñez indica que en realidad el encuadramiento legal correcto sería el de privación de libertad agravado por el abuso de las funciones, previsto en el art. 144 bis inc. 1 del C.P., es decir un delito contra la libertad (NÚÑEZ:151).

La diferencia radica, a nuestro modo de ver, en que esta última forma agravada de las privaciones de la libertad supone la efectiva privación de libertad de la persona. Ahora bien, esta efectiva privación de libertad no es un requisito exigido en el art. 270 del C.P. que se limita a requerir que el Juez dicte la prisión preventiva, sin exigir que esa prisión preventiva efectivamente se encuentre ejecutada, como lo señala Creus que, en este aspecto discrepa con autores como Fontán Balestra o Soler (SOLER:278). Cuando se ejecuta, podríamos entonces estar en presencia de algún concurso – ideal - de figuras (*C.P., art. 54*).

En todos los supuestos procederá una indemnización, en virtud de lo establecido en forma operativa por el art. 9 inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*C.N., art. 75 inc. 22*), que dice que “*Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación*”. Asimismo, como ejemplo, dispone lo mismo el art. 300 del Código Procesal Penal de Córdoba, el artículo 42 párrafo 2º de la Constitución de esa provincia, y el art. 57



de la Constitución bonaerense.

No obstante en los Códigos de Procedimientos Penales frecuentemente es condición de procedencia de la prisión preventiva que la persona se encuentre detenida. Lo que se deduce de expresiones como *“la detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos...”* (C.P.P.B.A., art. 157). O de los modos de computar los términos para dictar la prisión preventiva que se computan desde que *“se hubiere efectivizado la detención”* (C.P.P.B.A., art. 158).

Ahora bien *¿debe o no estar privada efectivamente de libertad la persona a quien se le dicta una prisión preventiva por un delito por el que no corresponda?*

El texto legal no lo exige. Y no parece razonable exigirlo. El texto del C.P. agrava el prevaricato cuando se dicte una sentencia condenatoria en una causa criminal sin exigir que ésta imponga una pena restrictiva de la libertad y mucho menos que se esté, de algún modo ejecutando. *¿Por qué se debería exigir entonces en este caso?* Soler sostiene que el delito envuelve un daño que es la privación ilegal de la libertad de la persona, pero no da razones de esta conclusión (SOLER:279). En realidad un decreto de estas características amenaza severamente la libertad de las personas y condiciona etapas sustanciales del proceso, lo que constituyen razones bastantes como para exigir que, además, la prisión preventiva sea efectivamente ejecutada.

**“Prisión preventiva”** es una expresión no definida en el C.P., pero que la usa en el art. 24 al estimar la forma de computarla en el cumplimiento de las penas.

Es, en cambio una expresión empleada en los Códigos de Procedimientos que regulan las condiciones bajo las cuales procede, y su duración. Se la considera una medida cautelar que se dicta luego de que otras se han dictado, como la detención o la aprehensión que también restringen la libertad ambulatoria de las personas.

***¿Qué ocurre entonces si un juez dicta una detención o un arresto por un delito que no la admite?***

En estos casos el juez como funcionario público, enfrentaría los riesgos que prevé el art. 144 bis ya citado si la detención se hubiese efectivizado.

***¿Cuáles son los delitos por los cuales corresponde dictar prisión preventiva?***



Es esta una pregunta que responden los Códigos de Procedimiento que al suponer la detención como requisito de la prisión preventiva limitan el tipo de delitos por los cuales es posible dictar una prisión preventiva. En la Provincia de Buenos Aires, la cuestión está regulada en el art. 151 del C.P.P..

La lectura de este artículo permite concluir que la expresión delito no alude simplemente a la figura delictiva aplicable al caso, sino al hecho cuya punibilidad se juzga.

En la flagrancia cualquier delito admite detención (*C.P.P.B.A., art. 154*).

Fuera de la flagrancia, los delitos que permiten la prisión preventiva son, en principio, los encarcelables, según la interpretación a contrario de los supuestos objetivos de excarcelación establecidos en el art. 169 del C.P.P.:

1.- El delito que se impute tenga prevista una pena cuyo máximo supere los ocho (8) años de prisión o reclusión;

2.- En el caso de concurso real, la pena aplicable al mismo supere los (8) ocho años de prisión o reclusión.

Asimismo, el art. 157 del mismo cuerpo establece que la detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos:

1 - Que se encuentre justificada la existencia del delito.

2 - Que se haya recibido declaración al imputado, en los términos del artículo 308°, o se hubiera negado a prestarla.

3 - Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o partícipe penalmente responsable del hecho.

4- Que concurran los presupuestos establecidos en el artículo 171° para denegar la excarcelación.

Pero igualmente, y más allá de estos casos objetivos y de los otros que prevé la ley, es difícil determinar el catálogo de los delitos que admiten la prisión preventiva ya que habremos de tener en cuenta las características del sujeto y cada caso particular, por ejemplo ante la eventual procedencia de una condena condicional, etc..., en atención a los parámetros de los arts. 144 a 196 del C.P.P., y especialmente los de los arts. 148, 163, 169, y 171.



### **La extensión de la prisión preventiva.**

La extensión de la prisión preventiva también suscita otros problemas.

El artículo prevé además que será reprimido el juez 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 (*Art. 270 última parte*).

El cómputo de la prisión preventiva según las reglas del art. 24 del C.P. puede ser una expresión engañosa, ya que otras leyes nacionales pueden regular la forma de computar la prisión preventiva, y así lo han hecho las leyes 24.390 (que instauró en su art. 7 el llamado “*dos por uno*”) y su modificatoria 25.430 que derogó el cómputo doble de la prisión preventiva.

¿Podría un juez violar estas leyes sin consecuencias, amparándose en la redacción del art. 270 que sólo alude al cómputo previsto en el art. 24 del C.P.?

¿Y si se ha prolongado la prisión preventiva de algún otro modo ilegal?

En estos casos el juez enfrenta la posibilidad de transgredir al menos dos disposiciones penales: la del prevaricato en general, y la privación ilegítima de la libertad agravada.

Aquí es necesario considerar la expresa previsión del art. 3 del C.P. en tanto prescribe que “*en el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado*”.

Por lo demás y en épocas de gran innovación legislativa que, en general, incrementa los montos de pena, es necesario aplicar las previsiones del art. 2 y será la escala penal del delito que se juzgue según la ley más benigna la que deba ser considerada en este cálculo.

En este segundo caso es claro que la extensión de la prisión preventiva implica su efectivización, es decir que la persona esté efectivamente privada de su libertad. Si no lo estuviese entonces se habría ausentado del proceso y éste no podría haber continuado.

### ***¿Hay delitos que deban ser excluidos de esta extensión de la prisión preventiva?***

En principio pareciese que los delitos sancionados con prisión o reclusión perpetua no pueden integrar el catálogo de delitos previstos en este artículo porque no tienen ni máximos ni mínimos sino sólo la perpetuidad.

Sin embargo después del dictado del C.P., distintos tratados internacionales han limitado la posibilidad de extender desmesuradamente las prisiones preventivas, o leyes provinciales las han acotado de modo significativo. Así, respectivamente, el art. 7 inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los arts. 2, 141 y 169 inc. 11 del Código de Procedimientos Penales.

En estos casos las prisiones preventivas excesivas dictadas de modo imperito no tendrían



castigo, sin que se vulnerase el art. 18 de la C.N., sea que se razonase por analogía o se ignorase que no existe un texto expreso de la ley que prevea estas situaciones. No obstante si la prolongación de la prisión preventiva fuese deliberada (dolosa) entonces otros delitos podrían ser imputados al Juez.

*¿Qué ocurre con las medidas de seguridad previstas en el art. 52 del C.P.?*

En el art. 270 tampoco se ha previsto el caso en que sea posible aplicar la medida de seguridad del art. 52 del C.P. que al menos en una oportunidad puede ser aplicada sin que exista una reincidencia múltiple anterior (C.P., art. 80).

**El Tipo Subjetivo. Las Intenciones.**

*¿Cuáles deben ser las actitudes anímicas del juez que incurre en estas acciones?*

*¿Debe haber actuado con intención de dictar una prisión preventiva fuera de los casos en que procede, o con la intención de prolongarla indebidamente? O, por el contrario ¿puede haberlo hecho por negligencia?*

Estas preguntas no han sido respondidas de forma unánime. Y tienen consecuencias relevantes para la posibilidad de aplicar las reglas vinculadas con la tentativa y con la participación. Las primeras porque en la tentativa se exige la intención de cometer un delito determinado (incompatible con actitudes negligentes). Las segundas porque, al implicar un acuerdo entre partícipes para la comisión de un hecho, también lo son.

Quienes entienden que no deben ser actitudes intencionales del juez, sostienen su opinión en que se trata de delitos atenuados en relación al prevaricato simple que sí requiere una actuación maliciosa. Argumentan que una interpretación distinta llevaría a una inconsistencia valorativa por el análisis comparativo de ambas penas. Para Soler, Fontán Balestra y Núñez<sup>32</sup> es **culposo**.

Los que se oponen a esta interpretación hacen hincapié en que lo relevante es detenerse en el texto legal y no en las consecuencias punitivas para interpretarlo. Para Aguirre Obarrio y Molinario, estamos ante un delito **doloso**, por lo que infieren necesario el conocimiento de las circunstancias

<sup>32</sup> Núñez considera a la Prisión Preventiva Ilegal como: “*inobservancia inintencional de la norma reguladora de la Prisión Preventiva.*”, porque si no sería 144 bis. inc. 1° del C.P. o tentativa de ese delito, si la prisión no se efectiviza (NÚÑEZ, ob. cit. Página 151).



que hacen improcedente la imposición de la prisión preventiva o que obligan a hacerla cesar, y la voluntad de prolongarla o disponerla a pesar de ese conocimiento (CREUS:353).

Sin embargo las palabras de la ley no son unívocas. Son vagas, imprecisas. No son autosuficientes, y no se las interpreta de una única manera. Una forma de hacerlo es partir de los antecedentes y motivaciones de quienes participaron en Proyectos inspiradores. Otra es detenerse en el texto legal e interpretarlo tomándolo minuciosamente en cuenta.

Veamos ambos caminos para interpretar esta disposición del Código Penal.

Rodolfo Moreno señala, cuando transcribe la exposición de motivos del Proyecto de 1891, que quienes lo redactaron estaban preocupados porque *“procesados por delitos que merezcan un mes de arresto, permanezcan preventivamente detenidos durante tres o cuatro años, sin más motivo que el de no haberse dictado sentencia firme, lo que lleva a injusticias harto frecuentes en los tribunales argentinos”* (MORENO:284).

También Moreno alude al *“abuso”* de las potestades jurisdiccionales para mantener a un procesado privado de su libertad (MORENO:285).

Si nos detenemos en el texto legal tampoco el problema es sencillo.

En el C.P. no existe una definición de la culpabilidad, ni del dolo, ni de las actitudes negligentes o imprudentes. Algunas disposiciones aluden a los delitos dolosos o culposos, sin definirlos expresamente. Otras de diversas maneras caracterizan las variantes que no son intencionales: la redacción de los artículos 84 y 94 del C.P. darían pistas y formas de estas actitudes, mediante palabras como *“imprudencia”*, *“impericia”*, *“negligencia”*.

Si se interpreta que estas disposiciones requieren de una actuación intencional entonces ciertas consecuencias disvaliosas se producen.

En primer lugar la poca explicación de que la pena sea sensiblemente disminuida, sobre todo si se la compara con la forma agravada del prevaricato por haber sido cometido mediante una sentencia condenatoria en un juicio criminal, que puede, o no, implicar la privación de libertad del condenado. No la implicaría (al menos en forma directa) en los casos de condenas a penas no privativas de libertad.

La segunda radica en que si la actuación al dictar o prolongar indebidamente una prisión preventiva, fatalmente se estaría cometiendo una privación de libertad agravada que concurriría en forma ideal con el prevaricato, restando significación a éste, porque la pena aplicable sería siempre la de la privación de libertad agravada. Se produciría un concurso ideal y esta figura carecería de total





uso y razón de ser.

De este modo *¿Por qué razones habría de interpretarse el texto legal propiciando regulaciones redundantes, cuando puede hacerse de modo que se eviten las redundancias e inconsistencias valorativas?* No parece razonable una actuación de este modo.

Las actitudes anímicas entonces serían las vinculadas con la incompetencia, o con la negligencia del Juez. Se trataría de la previsión de un delito que adquiere la forma culposa aunque mediante una fórmula indirecta y algo confusa.

Según esta interpretación, no se podría entonces pensar en la tentativa, no porque la consumación se produce cuando el juez, mediante el dictado de una resolución, ordena la prisión preventiva u omite hacer cesarla en tiempo debido, prolongándola injustificadamente; sino porque los delitos culposos no la admiten por falta del elemento intencional de acuerdo al art. 42 del C.P..

Tampoco admitiría la participación en este tipo de hechos, al menos cuando ella supone el cumplimiento de promesas previas (C.P., art. 46). Aunque cabe señalar que existen posiciones en cuanto a que es posible la coautoría y la participación bajo algunas formas en los delitos culposos siempre que en el caso concreto los intervinientes tengan dominio objetivo y positivo del hecho y se les pueda imputar objetivamente el mismo<sup>33</sup>.

También quedarían excluidas aquellas formas de agravación derivadas del ánimo de lucro (C.P., art. 22 bis), aunque merece un análisis detallado el supuesto en que las acciones negligentes o imperitas fuesen una consecuencia necesaria o eventual de un “ánimo de lucro”.

### **La Pena Aplicable.**

La pena aplicable por el dictado ilegal de una prisión preventiva o su prolongación ilegal es de multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años. Cabe realizar las mismas consideraciones realizadas en cuanto a la posible aplicación de la *probation* o de la condena de ejecución condicional, según qué interpretación se adopte en cuanto a la previsión de la inhabilitación como pena conjunta.

### **El prevaricato de los abogados y otros funcionarios (Arts. 271 y 272).**

<sup>33</sup> Aunque en referencia a las malas praxis médicas y en el marco de la legislación colombiana, Geovana Andrea Vallejo Jiménez llega a esas conclusiones en: “*¿Es posible la coautoría imprudente? Una mirada desde la actividad sanitaria*”; publicado en la Sección Aportes y Producciones de la Revista Virtual Intercambios, ISSN 1666-5457, <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>; Número 14, abril de 2010.



**Art. 271.-** Será reprimido con multa de \$ 2.500 a \$ 30.000 e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.

*(texto conforme leyes N° 23.077 y N° 24.286)*

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

#### **Conductas Delictivas.**

El art. 271 del C.P. contiene distintas figuras delictivas. Helas aquí:

- 1) El abogado que defendiere partes contrarias en el mismo juicio simultáneamente.
- 2) El mandatario judicial que defendiere partes contrarias en el mismo juicio simultáneamente.
- 3) El abogado que defendiere partes contrarias en el mismo juicio sucesivamente.
- 4) El mandatario judicial que defendiere partes contrarias en el mismo juicio sucesivamente.
- 5) El abogado que representare partes contrarias en el mismo juicio simultáneamente.
- 6) El mandatario judicial que representare partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
- 7) El abogado que representare partes contrarias en el mismo juicio sucesivamente.
- 8) El mandatario judicial que representare partes contrarias en el mismo juicio sucesivamente.
- 9) El abogado que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.
- 10) El mandatario judicial que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.



El artículo 271 del C.P. prevé **10** posibilidades, además de las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes complementarias.

Por su parte, las conductas delictivas del 272 son:

- 1) Los Fiscales que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
- 2) Los asesores que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
- 3) Demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
- 4) Los Fiscales que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
- 5) Los asesores que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
- 6) Demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
- 7) Los Fiscales que representaren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
- 8) Los asesores que representaren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
- 9) Demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, que representaren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
- 10) Los Fiscales que representaren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
- 11) Los asesores que representaren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
- 12) Demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, que representaren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
- 13) Los Fiscales que de cualquier otro modo, perjudicaren deliberadamente la causa que les estuviere confiada.



14) Los asesores que de cualquier otro modo, perjudicaren deliberadamente la causa que les estuviere confiada.

15) Demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, que de cualquier otro modo, perjudicaren deliberadamente la causa que les estuviere confiada.

Así, el artículo 272 del C.P.P., debido a las equiparaciones que realiza, prevé **15** figuras delictivas, además de las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes complementarias.

### **Los Sujetos Punibles.**

Las personas punibles son:

- . **Los abogados**
- . **Los mandatarios judiciales**
- . **Los fiscales**
- . **Los asesores**
- . **Los demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.**

Son autores de estas figuras los abogados y/o mandatarios judiciales, que actúan en defensa de los intereses de las partes, ya sea como patrocinante o defensor; siempre y cuando actúen (intervengan) en un juicio. Estos sujetos específicos representan a las partes en juicio y mediante su intervención perfeccionan la relación procesal y el correcto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, la cual depende de ellos tanto como del juez. El alcance del prevaricato a estos sujetos que no revisten la calidad de funcionarios públicos (personas “privadas”) se debe a la naturaleza pública de la actividad en las que les toca tomar intervención.

El **abogado** es la persona que posee título habilitante y está inscrita en la respectiva matrícula profesional (Colegio), ejerce la defensa de los intereses de una de las partes del juicio, actuando como representante o patrocinante, lo que excluye a los procuradores. La norma es clara, no corresponde extender su aplicación a supuestos no estrictamente establecidos, por lo que tampoco



alcanza a los abogados asociados entre sí, aunque la ley de ejercicio de la abogacía - *de inferior jerarquía al Código Penal Nacional* -, contemple el supuesto como prohibición a los abogados (*Ley 5177, art. 61*).

El **mandatario judicial** es quien representa a otro en juicio. Esta expresión no posee definición en el C.P.. En los Códigos de Procedimiento a los procuradores o apoderados se les exige la presentación de la escritura de poder, pero se prevé asimismo la actuación de mandatarios con poderes generales. Sin embargo para ciertos actos del proceso no bastan poderes generales, y por ejemplo se exige un poder especial para transigir, comprometer en árbitros, prorrogar jurisdicciones, renunciar al derecho de apelar, o a prescripciones adquiridas (*C.C., art. 1881*).

Finalmente los Códigos de Procedimiento regulan la actuación de gestores para casos urgentes, cuya actuación queda supeditada a la ratificación, sujetos a la presentación de los instrumentos que ratifiquen el poder y los actos de gestión realizados (*C.P.C. y C., Art. 26*).

#### ***¿Cuáles de estas representaciones quedan involucradas en la expresión mandatario judicial?***

Quienes actúan con poderes especiales, no hay duda alguna que quedan comprendidos como mandatarios judiciales porque el título mismo del mandato lo enuncia.

Los que actúan con poderes generales, sólo en la medida en que han sido empleados para representar a una persona en el juicio, porque sólo en esos supuestos puede hablarse de una representación “judicial”.

En relación a los gestores en tanto no haya recibido ratificación alguna, mal podría hablarse de mandatarios porque el mandato consiste precisamente en el otorgamiento a una persona de un poder por parte de otra (*C.C., art. 1869*), lo que no ocurre en esos casos.

#### **Los fiscales**

Sus funciones y formas de designación en la Provincia de Buenos Aires están determinadas por la ley orgánica del Ministerio Público (ley 12.061).

Los fiscales pueden ser de primera instancia, generales, y de Casación.

#### ***¿Involucra la expresión a la Procuración General de la Corte?***

Pareciese que sí pues es la cabeza del Ministerio Público Fiscal, con facultades para dar instrucciones a los demás fiscales. Y pareciese poco razonable que quién puede mandar a Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces y de Menores, quede excluido de la regulación penal.



**Los asesores y demás funcionarios encargados de emitir opinión ante las autoridades.**

Los asesores pueden ser otros auxiliares de la justicia.

¿A quienes involucra la expresión “*demás funcionarios encargados de emitir opinión ante las autoridades*”? El interrogante ha sido abordado en especial con relación a los peritos.

Soler responde de manera negativa. Lo hace argumentando que los autores del Proyecto de 1891 se habían apartado del Código vigente entonces (el de 1887) porque la actuación infiel del perito estaba ya prevista en el capítulo referido al falso testimonio (SOLER:281).

La argumentación presenta algunas dificultades.

¿Obliga la opinión de quienes formularon un proyecto de que sirve de base como antecedente, más allá del texto legal que efectivamente se haya sancionado?

¿Los fundamentos que emplearon quienes formularon ese argumento son relevantes, es decir tenían razón al utilizarlos?

Las respuestas a estas preguntas no son sencillas.

La actuación de los peritos en el falso testimonio implica un requerimiento que no existe en el art. 271, es decir callar la verdad, en todo o en parte.

Pues bien, la intervención pericial en los procesos puede incluir no sólo informaciones sobre la “verdad” de un acontecimiento, sino sobre la posibilidad o imposibilidad de respuesta de puntos de pericia, o sobre los modos de leer una cierta prueba producida, o sobre la firmeza o fragilidad de una información producida. De allí que se prevea la designación de “peritos de parte” capaces de coproducir y controlar la prueba de los juicios.

La lealtad y la “igualdad de armas” de las partes dentro de una controversia puede quedar seriamente afectada en estas ocasiones sin que, necesariamente, el perito calle o mienta.

Tampoco parece muy razonable hacer prevalecer como argumento la opinión de los fundamentos de un proyecto que sirve de base al Código vigente, cuando este Código prevé una definición de funcionario público que, claramente, incluye a los peritos.

Contrariamente, Creus sostiene que “*demás funcionarios encargados de emitir sus dictámenes ante las autoridades*” sólo pueden ser los que dictaminan en función de parte o en defensa de un interés de parte, proponiendo o requiriendo una resolución a los organismos jurisdiccionales (CREUS:357).



No es un grupo homogéneo de sujetos punibles porque algunos de ellos son, inequívocamente funcionarios públicos, como los fiscales y los asesores. En tanto otros no. Y la condición de funcionario público posee como ya hemos visto importantes consecuencias jurídicas en el C.P..

Por lo demás, fiscales, asesores de menores, y defensores oficiales en la Provincia de Buenos Aires requieren del juicio político como condición prejudicial para ser sometidos a procesos (*Constitución Provincia de Buenos Aires, arts. 73, 74, 79 y 182; y ley 12.061, art. 4*).

### **Las Acciones Punibles.**

Las acciones son:

- . La defensa o representación de partes contrarias en un mismo juicio simultánea o sucesivamente.
- . Perjudicar deliberadamente la causa que le estuviese confiada.

El texto incluye la conectiva “o” que es ambigua. Puede significar tanto una disyunción fuerte, en la que los dos términos disyuntos se excluyen entre sí, como significar una disyunción débil en la que los términos no se excluyen. Incluso puede llegar a significar equivalencia, y no sólo disyunciones.

Pues bien el tema lejos de ser un preciosismo semiótico se vincula estrechamente con el significado de las acciones de cada una de las figuras delictivas, como veremos más adelante.

Esta ambigüedad de la conectiva “o” plantea problemas de significación del primer tipo de acciones descriptas.

¿La presentación simultánea o sucesiva implica *per se* la existencia de un perjuicio en el proceso, o es menester que además, exista un perjuicio? La cuestión no es simple porque pareciera claro que una representación simultánea de partes contrarias probablemente implique un perjuicio para la causa y para la forma de ejercer la representación, pero no ocurre lo mismo cuando la presentación o defensa es sucesiva.

Las *Normas de Ética del ejercicio de la Abogacía* (*Ley 5.177, art. 25, inc.8*) pueden servir de reglas interpretativas en este punto. El art. 28 de estas reglas establece que “...*Es contrario a la profesión representar intereses opuestos, excepto mediando consentimiento unánime prestado, después de completa aclaración de los hechos. Dentro del sentido de esta regla, existen intereses*



*encontrados cuando se debe simultáneamente defender e impugnar una misma medida.”*

La ley 5.177<sup>34</sup> de *ejercicio y reglamentación de la profesión de abogado y procurador*, en el Cap. XIII, art. 61, establece las prohibiciones a los abogados, entre las que figuran “*patrocinar o asesorar a ambos litigantes en un juicio, simultáneamente o sucesivamente, o aceptar la defensa de una parte, si ya hubiere asesorado a la otra*”, y “*patrocinar y representar individual y simultáneamente a partes contrarias, los abogados asociados entre sí*”.

Ciertas circunstancias pueden llegar a complicar la posibilidad de acreditar de modo inequívoco una intención de representar en forma sucesiva a partes contrarias o defenderlas al cabo de un juicio.

Por ejemplo si se trata de un proceso prolongado en el tiempo. O si se ha representado a múltiples personas (*en litis consorcios*) algunas de las cuales pueda presentar intereses contrarios y otros no.

### **Las partes en un juicio.**

#### **¿Cómo deben ser las partes en un juicio?**

Las partes en un juicio deben ser partes contrarias, es decir enfrentadas, con intereses contradictorios<sup>35</sup>. Esto es denominado por Creus como “*duplicidad infiel*” (CREUS:355).

*¿Deben ser entonces los juicios contradictorios o pueden involucrar otro tipo de juicios o procesos?*

La existencia de intereses contradictorios puede tener lugar en juicios estrictamente contradictorios, en los que las partes inicialmente se enfrentan con sus pretensiones o en los que no lo sean pero en los que surjan intereses contrapuestos, a partir de que nazca la disputa.

*¿Puede el abogado o mandatario ser “parte en el juicio” en el que actúa?*

En ciertos casos podría llegar a serlo: cuando entran en colisión el interés del mandatario con el del mandante, o el del abogado con el de su cliente<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Texto actualizado según texto ordenado por Decreto 180/87, B.O. 20/03/87 y las modificaciones establecidas por la Ley 12.277, con las modificaciones introducidas por las leyes 5.445, 6.627, 7.193 y 8.480 y los Decretos-Leyes 3.610/55, 7.916/72 y 8.904/77 y las disposiciones de las leyes 6.716 y del Decreto-Ley 7.425/68.

<sup>35</sup> La jurisprudencia confirmó este criterio en los procesos penales, estableciendo que el mismo abogado no puede defender a dos procesados acusados de lesiones recíprocas. C.C.C., J.A. (Jurisprudencia Argentina), Tomo 29, Pág. 526.

<sup>36</sup> Por ejemplo cuando el letrado reclama honorarios a su cliente.





### *¿Cuándo deben surgir estos intereses contradictorios?*

Muchas veces la contradicción de interés puede ser un emergente en el juicio. Vale decir un proceso “voluntario” tener aspectos de controversia en incidencias, medidas cautelares, o procesos de ejecución. En el texto del C.P. no se especifica el momento en que una parte es “contraria” a la otra. Pero la emergencia de la contradicción indica que ése es el momento a partir del cual las representaciones y defensas entran en crisis, como se expuso en el interrogante anterior.

Del mismo modo un proceso inicialmente contradictorio, podría llegar a acuerdos o mediaciones, en los que la condición de “contrarias” de las partes desaparezca.

Un caso particular se presenta con los **particulares damnificados** en los procesos penales. *¿Se consideran “partes” a estos fines?* Pareciese que sí al menos cuando se ha identificado una persona imputada contra la que se dirigen las peticiones, ya que el damnificado puede llegar a sostener las pretensiones fiscales.

## **Las características de los juicios**

### *¿Qué significa la palabra “juicio”?*

La expresión “juicio” tampoco encuentra una definición en el C.P. ni se establecen distinguos entre el principal y sus incidencias.

El juicio alude a una controversia, litigio, pleito o causa que se ventila ante los tribunales judiciales del país de cualquier fuero, jurisdicción e instancia. Además puede ser en relación al mismo proceso o se siga en otro u otros expedientes o fueros, mientras estén en juego los mismos intereses.

Finalmente, se utiliza la palabra juicio como sinónimo de proceso, y no solamente como vulgarmente puede entenderse a la etapa del juicio (oral).<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Esta es la pauta sostenida por el Tribunal de Casación Provincial en el Plenario sobre prescripción en Causa n° 9496 (del 18 de septiembre de 2003), en donde el Juez Eduardo Hortel dijo que “*el argumento que apela a desentrañar el significado de la expresión “juicio” por remisión a otras normas del Código Penal no tiene asidero pues en este cuerpo legal, claramente, la expresión no se utiliza con un sentido unívoco en todos los casos. Adviértase, por ejemplo, el contrasentido que significaría atribuir a la expresión “juicio” una acepción restringida en el art. 271 del Cód. Penal. ¿Podría sostenerse válidamente que el abogado o mandatario judicial que representa a partes contrarias durante la etapa de investigación penal preparatoria no comete el delito de prevaricato?*”; y “*Que la ley 24.316 haya modificado el*



### ***¿Cuándo se “representa” a una parte?***

El abogado o mandatario debe “representar” a una parte, según el texto legal. *¿Plantea esta expresión alguna dificultad?*

Pareciese que sí, en ciertos supuestos.

Por ejemplo, *¿basta la mera presentación en el juicio como abogado o mandatario o es necesario algún ejercicio de esa representación? ¿La mera aceptación del cargo o la mera presentación de un poder para actuar configuran ya el ejercicio de la representación?*

Pueden implicar (aunque no necesariamente) otros tipos de delitos, vinculados con la revelación de secretos confiados por una persona a un abogado que actúa en su nombre (C.P., art. 156) en virtud de esta actuación.

Algunas aclaraciones pueden ayudar a analizar mejor la cuestión. El ejercicio efectivo de la representación depende de la posibilidad o la necesidad de actuar. Puede ocurrir por acción o por omisión. Por ejemplo recepcionar una cédula de notificación implica ya la posibilidad de actuar o no actuar en el juicio. Estudiar el expediente, seguirlo, asistir a una audiencia, controlar una prueba, impugnar una decisión o conformarse con ella. Actividades todas relevantes. Ahora bien si no ha existido esa posibilidad de intervenir, *¿prevarica el abogado que sólo presenta un poder o acepta un cargo?* No es posible responder de modo genérico esta pregunta. El no hacer del abogado, cuando se le impone hacerlo, puede de por sí implicar un severo y desigual perjuicio para las partes representadas. Incluso por el manejo simultáneo de información relacionada con el juicio. La misma pregunta acaece con las actividades de defensa, por ejemplo, en un juicio penal.

Otro matiz problemático radica también en aquellos casos en los que el propio mandatario o abogado “se convierte” en parte contraria de su defendido. Una situación típica es la de los honorarios, que ha dado lugar a las apelaciones “por altos” y “por bajos”.

### ***Los perjuicios.***

---

*Código Penal refiriéndose con el término juicio sólo a la etapa contradictoria -art. 64- no obsta a lo expuesto puesto que otras normas del propio código emplean la voz en sentido amplio, como sucede en el art. 271 del C.P., que se refiere al prevaricato del abogado que, durante el juicio, representa a partes contrarias, comprendiendo, lógicamente, a la etapa instructoria (ver también arts. 30 inc. 2º, 72 inc. 2º, 112, 269 y 275 parr. seg.)” Asimismo, el mismo Magistrado en el plenario "González Muei" dijo que “si se hubiese querido asignar una exclusiva acepción a la palabra juicio, de ello debería haberse dejado constancia en el art. 77 y no en el 64 del Cód. Penal.”*



¿Cómo se perjudica de cualquier otro modo, distinto, que los expresamente expuestos? ¿no resulta demasiado amplio y vago el texto legal?

La fórmula legal se estructura al modo de la fórmula de la estafa: con un núcleo de significación que luego se extiende, a cualquier otro tipo de acciones semejantes, lo que limita significativamente la posibilidad de una arbitrariedad en los procesos de interpretación legal.<sup>38</sup> En este sentido es claro que la representación simultánea o sucesiva de partes enfrentadas implica de por sí un perjuicio. Las relaciones profesionales implican información que se guarda bajo secreto y cuya difusión esta penalmente castigada. También, por lo mismo, existe el secreto profesional que permite ampararse en él para evitar brindarla. Y son estas informaciones las que implican un desmedro que vulnera la igualdad de las partes cuando una, a través de sus representaciones cuenta (o puede contar) con información de la restante.

Los perjuicios no tiene por qué ser necesariamente económicos, aunque puedan luego ser mensurados en dinero a través de acciones resarcitorias. Pueden configurar la pérdida de alguna posibilidad procesal, máxime en los procesos en los que rige la preclusión de los actos procesales. Aunque siempre deberá existir una relación causal directa entre el comportamiento (por acción o por omisión) del abogado o mandatario y el perjuicio.

El perjuicio es entonces un resultado que debe existir.

### ***El dictamen.***

#### ***¿Qué significa la palabra dictamen?***

En cuanto a la equiparación del art. 272, tiene importancia la referencia al dictamen, para lo cual debe precisarse su alcance.

La Real Academia lo caracteriza <sup>39</sup> como: “...*Dictamen. (Del lat. dictāmen). I. m. Opinión y juicio que se forma o emite sobre algo.*”

Creus indica que no comprende la opinión de los peritos, pero no existe razón de peso para excluir la información pericial, que se denominan precisamente “dictámenes”.

### **El Tipo Subjetivo. Las Intenciones.**

<sup>38</sup> Se suele caracterizar este tipo de analogía como analogía “legal”.

<sup>39</sup> [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=dictamen](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dictamen)



En cuanto a la culpabilidad, debe mediar dolo directo. El autor debe obrar con el conocimiento de la contradicción de intereses que representa y/o defiende. Por ello no admite culpa y el error vencible o invencible excluye la punibilidad.

La figura, al contener el adverbio “deliberadamente” expresa una volición específica calificativa del verbo “perjudicar”, que no brinda más utilidad que la de confirmar el carácter doloso de este grupo de figuras, pues remarca la necesidad de una actuación (acción u omisión) preordenada que requiere el conocimiento de la posibilidad de causarlo y direccionar la conducta para lograr esa finalidad.

### **Consumación y Tentativa.**

Si atendemos a la producción de los perjuicios, la consumación pareciese que se produce cuando tiene lugar el perjuicio (a raíz de ese actuar u omitir) del profesional, por lo que estaríamos en presencia de un delito de resultado, y admitiríamos la tentativa. Para Núñez el delito admite tentativa, porque el autor puede realizar actos ejecutivos de su propósito de perjudicar la causa confiada, sin lograr esa finalidad por causas ajenas a su voluntad (NÚÑEZ:154).

En la opinión contraria, la consumación se daría cuando se asume la defensa o representación de la otra parte. Tal vez, en estos casos podría igualmente admitirse la tentativa, dependiendo de los actos previos que se realicen con clara intención de asumir dicha defensa o representación.



## Bibliografía

ATIENZA, Manuel. *Virtudes Judiciales*. En Claves de Razón Práctica. Nro. 86.

BARCIA, D. Roque. *Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española*. Tomo Cuarto (P – SZOP). F. Seix Editor. Pág. 399.

BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución reformada*, Tomo III. Edit. EDIAR. Buenos Aires. 1999.

CREUS, Carlos; y BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo 2. 7º Edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2007.

CURUCHAGA, Melchor R. *Responsabilidad Constitucional de los magistrados inferiores de la Nación*, Cap. IV del libro “Responsabilidad de los funcionarios públicos”, dirigido por Carlos Echevesti. Edit. Hammurabi, José Luis Dipalma Editor. Buenos Aires. 2003.

DE LA RUA, Jorge. *Código Penal Argentino. Parte General*. 2da edición. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1997.



DOMENECH, Ernesto Eduardo. *Responsabilidad penal y funcionarios públicos*. Capítulo II del Libro “Responsabilidad de los funcionarios públicos”, dirigido por Carlos A. Echevesti. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma Editor. Buenos Aires. 2003.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. Ed. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. Págs. 413 y ss.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII. Parte Especial. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1975. Págs. 327 y ss.

MORENO, Rodolfo (Hijo). *El Código Penal y sus Antecedentes*. Tomo IV. H.A. Tommasi, Editor. Buenos Aires. 1923.

NÚÑEZ, Ricardo. C. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la administración pública. Delitos contra la fe pública. Tomo Quinto, Volumen II*. Editorial Marcos Lerner. Editora Córdoba. 1992.

NINO, Carlos Santiago. *Argentina. Un país al margen de la ley*. Ed. Emecé. Buenos Aires. 1992.

PAOLINI, Jorge Omar. *El Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios*. Editorial La Ley. 1992.

SALAZAR, Alonso. *El delito de prevaricato en el derecho penal costarricense*. En: Revista de Ciencias Jurídicas N° 117 (119-146) septiembre-diciembre 2008.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo V. Ed. Tipográfica Argentina. Décima Reimpresión Total. Buenos Aires. 1988

ZAFFARONI, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Edit. Ediar. Buenos Aires. 1981.