

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL
DE ABOGADA**

**“MODIFICACIÓN DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE PREVARICATO EN EL
CÓDIGO PENAL PERUANO”**

Área de Investigación:

Derecho Procesal Penal

Autora:

Br. Gina Sánchez Sánchez

Jurado Evaluador:

Presidente: Rocio Belu Ortecho Aguirre de Infante

Secretario: Miguel Albornoz Verde

Vocal: Angela Rincon Martínez

Asesor:

Edder Alberto Vera Infantes

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1565-2613>

PIURA – PERÚ

2023

Fecha de sustentación: 21/12/2023

MODIFICACIÓN DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE PREVARICATO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

INFORME DE ORIGINALIDAD

12%

INDICE DE SIMILITUD

13%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

4%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

| | | | |
|---|-------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|----|
| 1 | fr.scribd.com | Fuente de Internet | 5% |
| 2 | repositorio.uprit.edu.pe | Fuente de Internet | 2% |
| 3 | repositorio.upao.edu.pe | Fuente de Internet | 2% |
| 4 | hdl.handle.net | Fuente de Internet | 1% |
| 5 | andrescusi.files.wordpress.com | Fuente de Internet | 1% |
| 6 | www.scribd.com | Fuente de Internet | 1% |
| 7 | Submitted to Universidad Privada Antenor Orrego | Trabajo del estudiante | 1% |
| 8 | www.justiciaviva.org.pe | Fuente de Internet | 1% |

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

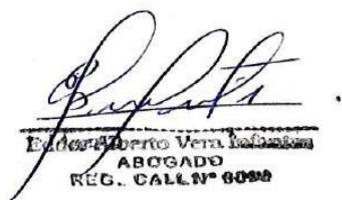
Activo

Declaración de Originalidad

Yo, Edder Vera Infantes, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada "Modificación del Tipo Penal del Delito de Prevaricato en el Código Penal Peruano", autor Gina Sanchez Sanchez, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 12%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el (07 de febrero de 2024)
- He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.

Lugar y fecha: Piura, 07 de febrero de 2024.



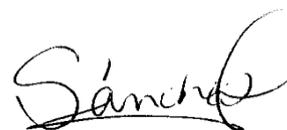
Edder Alberto Vera Infantes
ABOGADO
REG. CALL N° 8098

Vera Infantes Edder Alberto

DNI: 42405171

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1565-2613>

ID: 000008375



Gina Sanchez Sanchez

DNI: 45945602

DEDICATORIA

A Dios por darme la fortaleza de seguir adelante, a mi madre y mis hermanos, Robertina y Víctor Ángel que, con mucho esfuerzo y dedicación han hecho posible este logro.

AGRADECIMIENTO

A mis docentes, quienes me han brindado sus conocimientos y me han apoyado en esta tesis para hacer mi mejor esfuerzo.

A cada persona que han compartido sus ideas conmigo para la realización de ésta tesis.

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

De conformidad con lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos; y a efecto de optar el título profesional de abogada, someto a vuestra la presente tesis titulada: **MODIFICACIÓN DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE PREVARICATO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.**

Mediante el presente trabajo de investigación lo que se busca es poner en manifiesto un tema relevantemente discutido en doctrina y jurisprudencia nacional, asimismo ha sido objeto de debate por connotados doctrinarios y operadores de justicia en nuestro medio; el estudio se centra en determinar de qué manera debe modificarse el tipo penal del delito de prevaricato prescrito en el artículo 418 del código penal peruano.

Nuestra investigación está orientada a establecer los fundamentos que avalen nuestra postura, además de formular una propuesta de modificación de los dispositivos normativos que regulan el tema antes mencionado.

Así mismo, apelo a su comprensión por los errores que pueda contener el presente trabajo; sin embargo, con gran espíritu crítico e investigador proponemos nuestro punto de vista, con lo que espero aportar de alguna forma sobre esta discutida materia.

Espero que el presente trabajo de investigación satisfaga vuestras expectativas.

RESUMEN

La presente investigación toca uno de los problemas observados y hartamente discutidos en el sistema de administración de justicia al que hemos denominado: **“MODIFICACIÓN DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE PREVARICATO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”**.

Este tema ha sido objeto de debate por connotados doctrinarios y operadores de justicia en nuestro medio; el presente trabajo se centra en determinar de qué manera se debe tipificar el delito de prevaricato en el Perú, habida cuenta que la actual redacción es muy corta y puede generar vacíos de impunidad.

Así pues, en aras de conseguir el objetivo trazado se usaron los métodos lógicos, siguiendo un análisis deductivo, analítico – sintético y comparativo, también hemos recurrido a los métodos jurídicos en los cuales nos permiten interpretar hermenéuticamente el código penal y específicamente el artículo 418 y sus alcances; al mismo tiempo, mediante el método doctrinario seleccionamos las posturas que se ajusten a nuestras posturas.

Al final, con los argumentos esgrimidos durante la investigación propongo un nuevo texto legal que debe adoptar el artículo 418 del Código Penal peruano referido al delito de prevaricato.

Palabras claves: Código Penal, prevaricato.

ABSTRACT

The present investigation touches on one of the problems observed and widely discussed in the justice administration system that we have called: "MODIFICATION OF THE CRIMINAL TYPE OF THE CRIME OF PREVARICATO IN THE PERUVIAN PENAL CODE".

This issue has been the subject of debate by renowned doctrinaires and justice operators in our midst; the present work focuses on determining how the crime of malfeasance should be defined in Peru, given that the current wording is very short and can generate impunity gaps.

Thus, in order to achieve the stated objective, logical methods were used, following a deductive, analytical - synthetic and comparative analysis, we have also resorted to legal methods in which they allow us to hermeneutically interpret the penal code and specifically article 418 and its scopes; at the same time, through the doctrinal method we select the positions that fit our positions.

In the end, with the arguments put forward during the investigation, propose a new legal text that should adopt article 418 of the Peruvian Penal Code referring to the crime of malfeasance.

Keywords: Penal Code, prevarication.

Tabla de contenido

| | |
|----------------------------------------------------|-----------|
| DEDICATORIA | 1 |
| AGRADECIMIENTO | 2 |
| PRESENTACIÓN | 3 |
| RESUMEN | 4 |
| ABSTRACT | 5 |
| CAPÍTULO I | 9 |
| EL PROBLEMA | 9 |
| 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 9 |
| 1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:..... | 15 |
| 1.3. HIPÓTESIS:..... | 15 |
| 1.4. JUSTIFICACIÓN..... | 15 |
| 1.5. OBJETIVOS:..... | 16 |
| 1.5.1. OBJETIVO GENERAL..... | 16 |
| 1.5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS..... | 16 |
| 1.6. VARIABLES:..... | 17 |
| 1.6.1 VARIABLE INDEPENDIENTE:..... | 17 |
| 1.6.2 VARIABLE DEPENDIENTE..... | 17 |
| CAPÍTULO II | 17 |
| MARCO TEÓRICO | 17 |
| SUB CAPÍTULO I..... | 20 |
| DERECHO PENAL MATERIAL..... | 20 |
| 1. GENERALIDADES..... | 20 |
| 1.1. Definición..... | 20 |
| 1.2. Características..... | 20 |
| 1.3. Relación con la parte especial..... | 24 |
| 2. LOS LIMITES DE LA FACULTAD DE SANCIONAR..... | 25 |
| 2.1. Potestad sancionadora del Estado..... | 25 |
| 2.2. Principios del derecho penal material..... | 26 |
| 2.2.1. Definición..... | 26 |
| 2.2.2. Principio de legalidad..... | 26 |

| | | |
|--------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------|-----------|
| 2.2.3. | Principio de lesividad..... | 27 |
| 2.2.4. | Principio de culpabilidad | 27 |
| SUB CAPÍTULO II | | 28 |
| EL DELITO DE PREVARICATO | | 28 |
| 1. | ANTECEDENTES | 29 |
| 2. | EL PREVARICATO EN DEL DERECHO COMPARADO..... | 32 |
| 3. | ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO | 34 |
| 3.1. | Sujetos..... | 34 |
| 3.2. | Conductas típicas..... | 34 |
| 3.3. | Clases de prevaricato | 35 |
| 3.4. | Bien jurídico..... | 37 |
| 3.5. | Objeto material del delito | 37 |
| 3.6. | Elemento subjetivo..... | 37 |
| 3.7. | Tentativa y consumación..... | 38 |
| SUB CAPÍTULO III | | 39 |
| LOS ACTOS FISCALES CON EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL | | 39 |
| 1. | EL PROCESO PENAL..... | 39 |
| 1.1. | Definición | 40 |
| 1.2. | Características | 40 |
| 1.3. | Etapas | 42 |
| 2. | EL FISCAL COMO SUJETO PROCESAL | 48 |
| 2.1. | Funciones | 48 |
| 2.2. | Deberes | 48 |
| 2.3. | Actos que emite durante el proceso penal | 49 |
| 2.3.1. | Providencias | 49 |
| 2.3.2. | Disposiciones | 49 |
| 2.3.3. | Requerimientos | 50 |
| 3. | EL DICTAMEN FISCAL | 51 |
| 3.1. | Definición | 51 |
| 3.2. | Características | 52 |
| SUB CAPÍTULO IV | | 52 |
| TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS | | 52 |
| 1. | EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL | 52 |

| | |
|--------------------------------------------|-----------|
| 1.1. Antecedentes | 52 |
| 1.2. Organización..... | 61 |
| 1.2.1. El órgano jurisdiccional | 61 |
| 1.3. Funciones | 70 |
| 2. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS | 72 |
| 2.2. La administración pública..... | 72 |
| 2.3. El acto administrativo..... | 72 |
| 2.4. Las resoluciones administrativas..... | 73 |
| CAPÍTULO III | 76 |
| MARCO METODOLÓGICO..... | 76 |
| 1. MATERIALES: | 76 |
| 2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN | 77 |
| 2.1 Métodos Lógicos:..... | 77 |
| 2.2. Métodos Jurídicos | 77 |
| 3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS: | 78 |
| CAPÍTULO IV | 79 |
| RESULTADOS Y DISCUSIÓN | 79 |
| CAPÍTULO V | 91 |
| CONCLUSIONES..... | 91 |
| CAPÍTULO VI | 93 |
| RECOMENDACIONES | 93 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 94 |

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El derecho es un medio de control social formal y, específicamente, el derecho penal, debe ser visto como un instrumento normativo que sirve para encausar las conductas desviadas en la sociedad, pero al que se debe acudir en última instancia, es decir, solo las conductas más graves y que lesionen de forma contundente los bienes jurídicos deben ser merecedoras de tutela por parte de esta rama del Derecho. En ese marco, entonces, no se presenta difícil sostener que el Estado tiene la facultad de sancionar dichos comportamientos (Poder deber de *ius puniendi*); sin embargo, esta facultad no es absoluta, sino que se debe hacer efectiva dentro de ciertos límites, tales limitaciones pueden ser, como ya es sabido, de naturaleza formal, que viene dada por los principios formales o principios del proceso penal, y, por otro lado, los principios de orden material, o principios del derecho penal sustantivo.

Dentro de los principios materiales que limitan la actividad punitiva del Estado, el que resalta en sumo grado, no solo por la importancia que reviste sino también por su carácter de rigidez, es el principio de legalidad; principio que se encuentra regulado a nivel legal interno en el artículo II del título preliminar del Código Penal, y a nivel constitucional en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la norma fundamental del Estado. En forma genérica podemos sostener que conforme este principio de raigambre constitucional, ninguna persona puede ser sancionada ni procesada por la comisión de alguna conducta que al tiempo en que esta fue realizada, no haya estado establecida en la ley (Código Penal o ley especial) como delito o falta.

El respeto del principio de legalidad penal, implica entonces que solo se pueden crear delitos o faltas y establecer sanciones mediante ley o decreto legislativo (principio de reserva de ley), que estos deben plasmarse por escrito, pues las infracciones (delitos o faltas) tienen por fuente la ley escrita y no la costumbre u otra fuente del derecho, además la descripción de los delitos y faltas debe ser formulada evitando que se empleen formulas lingüísticas abiertas o indeterminada, esto es, que se deben fijar con claridad y en lenguaje que pueda estar al alcance de la comprensión de un ciudadano medio los elementos esenciales de los tipos penales, por último, por el principio de la legalidad el hecho debe adecuarse a la descripción de la norma de forma exacta y estricta, de tal forma que si la descripción legal no puede subsumir a la conducta que ha desplegado la persona de forma precisa y exacta, no es posible encuadrar ese comportamiento en los alcances de la descripción normativa. En el Derecho penal no se puede aplicar la analogía como medio de integración de conductas que no se encuentren tipificadas como delitos o faltas; siendo solamente la analogía a favor de imputado (*in bonam partem*) la que se puede utilizar en el derecho penal (artículo III del Título Preliminar del Código Penal).

En esa línea de ideas y habiendo explicado en palabras sencillas los alcances del principio de la legalidad y de sus manifestaciones o notas esenciales, es propio del tema que nos convoca para la presente investigación un análisis del delito de prevaricato a partir, justamente, del prisma del principio de legalidad penal material; en ese sentido, la problemática se enfoca en que la descripción típica del delito de prevaricato en el Perú, puede conllevar a que, en aplicación del principio de legalidad, existan comportamientos que pueden quedar fuera de los alcances de esta figura delictiva que afecta la correcta administración de justicia en el Perú.

Explicando la controversia tenemos que indicar que el delito de prevaricato, se configura según el artículo 418 del Código Penal cuando:

“el juez o el fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

Un primer problema que podemos notar es que el objeto material de la conducta prevaricadora de un juez o fiscal recae sobre una resolución y un dictamen. Brindando una explicación debemos señalar que el tipo penal del prevaricato es un delito especial propio pues solo puede realizarlo el juez o el fiscal, esto es, esa especial calidad de los agentes crea el tipo penal, además las conductas típicas, consisten en que estos sujetos activos emitan sus actos procesales basándose en normas derogadas, de forma contraria al texto expreso y claro de la ley, citando hechos falsos, o valorando pruebas inexistentes, siempre y cuando, claro está, se haga ello con conocimiento y voluntad; esa conducta dolosa debe hacerse a partir de los actos procesales que dictan los sujetos agentes estos es: por el lado del juez resoluciones (autos, sentencias o decretos); y, por el lado de los fiscales, la ley ha sido específica en mencionar expresamente solo los DICTÁMENES.

De ahí que, si un fiscal emite dolosamente un **dictamen** basándose en normas derogadas, de forma contraria al texto expreso y claro de la ley, citando hechos falsos, o valorando pruebas inexistentes, entonces será autor del delito de prevaricato. Cualquier otra conducta fuera de los contornos de tal enunciado configurante del mencionado delito devendrá en un comportamiento atípico, que, a lo sumo, merecerá una sanción en el ámbito del derecho administrativo.

Ahora bien, lo dicho en el párrafo precedente no presentaba controversia mayor, habida cuenta que los actos procesales propios de la actividad fiscal en el país eran justamente los dictámenes; sin embargo, con la dación del código procesal de 2004- el conocido como nuevo código procesal penal- el modelo de proceso penal se encarnó bajo los cánones del sistema acusatorio, donde el ente encargado de la investigación desde su inicio y

quien tiene el deber de la carga de la prueba es el fiscal y, tal como lo establece el Código precitado (artículo 122), puede dentro de su ámbito de intervención emitir REQUERIMIENTOS, como el de prisión preventiva, o el de acusación, por citar dos de suma importancia; DISPOSICIONES, como las de formalización y continuación de la investigación preparatoria o la que declara la complejidad de la investigación, también por citar dos ejemplos de importancia y PROVIDENCIAS, de mero trámite.

Se desprende entonces de lo reseñado que nos enfrentamos al problema de determinar de si, en un caso hipotético, un fiscal que dicta una disposición o requerimiento basándose en normas derogadas, de forma contraria al texto expreso y claro de la ley, citando hechos falsos, o valorando pruebas inexistentes, estaría cometiendo o no el delito de peculado; y de lo expuesto con respecto al contenido del principio de legalidad podemos aseverar con sobrada solvencia que la conducta del fiscal, en tal caso, no soporta el juicio de subsunción, es decir, no se adecuaría típicamente al delito regulado en el artículo 418 de nuestro catálogo nacional de delitos. No sería posible intentar entender que podríamos equiparar al dictamen con la disposición y el requerimiento, por la función que tienen y apelando a la finalidad o telos del delito de prevaricato-el buen funcionamiento de la administración de justicia-, debido a que ello sería una lesión al principio de prohibición de la aplicación de la analogía, principio que subyace del principio de legalidad y su manifestación de ley cierta.

Por todo, pensamos que, a fin de evitar conductas en las que se puedan lesionar, por parte del fiscal, la eficaz y correcta administración de justicia en el país, y siendo con el objeto de evitar que conductas que lesionen el mencionado bien jurídico puedan quedar impunes, por no ser típicas; es imprescindible que de *lege ferenda* se incorpore a estos actos procesales fiscales (requerimientos y disposiciones) como elementos de tipo penal objetivo del delito de prevaricato.

Otra problemática que se puede extraer la redacción del tipo penal de prevaricato, es que este solo tiene como sujetos activos al juez y al fiscal, vale decir, independientemente de su nivel jerárquico, cometerá este delito un juez de paz letrado, juez especializado o mixto, juez superior o juez supremo (antes denominados vocales); también lo serán los fiscales adjuntos provinciales, provinciales, superiores o supremos. Nótese, entonces que estamos frente a un delito especial propio, que solo puede ser cometido por tantos por los sujetos activos antes mencionados y no por otros más, ya que son solo los jueces y fiscales, que según el legislador, pueden infringir el deber de imparcialidad y lealtad a la administración de justicia, lesionando con ello el buen funcionamiento de esta.

Hasta ahí todo parecer ser claro y no presentarse ningún problema al respecto, sin embargo, es necesario preguntarse: ¿qué sucedería si es que un miembro del Tribunal Constitucional, o de cualquier tribunal administrativo que también administran justicia, realizan conductas como las señaladas en este tipo de prevaricato? cometería prevaricato o es que acaso la conducta sería atípica? El profesor James Reátegui, sobre los miembros del Tribunal Constitucional, ha sostenido que al ser magistrados con una trascendental función de administrar justicia en el ámbito constitucional en definitiva instancia y en otras materias en forma única y exclusiva, están obligados a cumplir con la observancia de protección del bien jurídico, correcto funcionamiento de la administración de justicia; sin embargo, aunque parezca asistirle la razón al mencionado académico, no es menos cierto afirmar que, la aplicación de tipos penales no puede ser ilimitado, sino que se debe sujetar a determinados principios, como el de legalidad, que impide que sea sujeto activo, un magistrado, que así tenga una función similar, no está considerado taxativamente como sujeto actor del prevaricato en cualquiera de sus formas. Una interpretación distinta, sería incorrecta porque el principio de legalidad impide aplicar la analogía para sancionar (artículo III del Código Penal). Ello mismo sucedería con tribunales administrativos como el Jurado Nacional de

Justicia, el Tribunal fiscal, entre otros, cuyos miembros que tienen capacidad de resolver no podrían, por imperio del principio de legalidad, ser comprendidos dentro de los alcances típicos de este delito contra la administración de justicia.

Para dotar de mayor solidez a la propuesta de extender los sujetos activos del delito recogido en el tipo penal de prevaricato, es necesario echar una rápida mirada a lo que la legislación comparada nos ofrece en función de los sujetos agentes; así tenemos: en el código penal colombiano, en su artículo 413 y 414 (prevaricato por acción y prevaricato por omisión), establece que pueden ser autores de prevaricato no solo los jueces sino también todo servidor público; en esa misma línea el Código penal de la Nación Argentina, conforme lo regulado en sus artículos 269 al 271, puntualiza que los sujetos activos podrían ser los jueces, los fiscales, el abogado e incluso a demás funcionarios encargados de emitir dictámenes ante las autoridades; el Código penal español también prescribe que el funcionario público, en general, puede ser autor de prevaricato (artículo 404 del Código Penal), sucede lo mismo en México, donde se admite al funcionario público que emita sentencias o resoluciones administrativas como sujetos activos de prevaricato, ello a tenor de lo señalado en su artículo 290 del su catálogo penal.

De lo dicho, si bien es cierto, no es posible que se considere a los miembros del Tribunal Constitucional o miembros de tribunales administrativos como sujetos activos de este delito en perfecta armonía de lo establecido por el rígido principio de legalidad; si es correcto que tienen la misma función de administrar justicia, que le asiste a los jueces y fiscales, y por tanto, una conducta como la sancionada en el tipo del artículo 418 lesiona el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración de justicia y el deber de lealtad e imparcialidad de la función; y por tanto, deben ser merecedores de pena por este delito; para ello no se debe extender el tipo penal con un

aplicación extensa o de *analogía in malam partem*, sino que la solución merece una modificación del tipo penal aludido, de lege ferenda, en el sentido que sea la misma ley la que señale que serán sujetos activos de este delito el Juez, Fiscal, o miembro de cualquier Tribunal Administrativo.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿De qué manera debe modificarse el tipo penal del delito de prevaricato prescrito en el artículo 418 del código penal peruano para una correcta administración de justicia?

1.3. HIPÓTESIS:

Debe modificarse el tipo penal del delito de prevaricato prescrito en el artículo 418 del código penal peruano para una correcta administración de justicia; incorporando como objeto material los requisitos y disposiciones fiscales, asimismo considerando como sujetos activos a los miembros del tribunal constitucional y tribunales administrativos.

1.4. JUSTIFICACIÓN:

Tteóricamente esta investigación se justifica debido a que en virtud del principio de legalidad penal, la redacción del tipo penal de prevaricato, resulta ser muy corto y no puede ser aplicado a supuestos donde funcionarios distintos a los jueces y los fiscales incurran en las conductas que señala el artículo 418 del Código Penal siendo indebido que vía una aplicación extensiva se pueda aplicar por ejemplo a Miembros del Tribunal Constitucional, porque sería un atentado contra el principio de aplicación de prohibición de aplicación de la analogía in malam partem. en ese sentido, es

urgente hacer modificaciones expresas en ese tipo penal. Cambios que se deben hacer también en relación al objeto material del delito, pues la conducta prevaricadora de los fiscales debiera ser también en disposiciones y requerimientos y no en dictámenes.

A nivel práctico, la reforma de este tipo penal permitiría que se pueda aplicar a quienes atenten contra la administración de justicia y se evite impunidad debido al poco alcance que tiene la actual regulación típica del delito de prevaricato en el código penal peruano.

En el ámbito metodológico, la tesis propuesta es una idea inicial que debe servir como punto de partida para futuros trabajos de investigación sobre la materia, ya que este delito es amplio y merece la atención de la comunidad académica nacional.

1.5. OBJETIVOS:

1.5.1. OBJETIVO GENERAL:

- Determinar de qué manera debe modificarse el tipo penal del delito de prevaricato prescrito en el artículo 418 del código penal peruano.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Estudiar los alcances del tipo penal de prevaricato peruano relacionado al delito de prevaricato.
- Comparar la legislación de otros países con la nacional en relación al delito de prevaricato, justificando con ello la extensión en la regulación de los sujetos activos de este delito.
- Explicar por qué vía interpretación no se puede ampliar típicamente los sujetos activos del prevaricato.

- Explicar porque es necesario incorporar las disposiciones y requerimientos como objeto material del delito de prevaricato.

1.6. VARIABLES:

1.6.1 VARIABLE INDEPENDIENTE:

Modificación del tipo penal

1.6.2 VARIABLE DEPENDIENTE:

Delito de prevaricato.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES:

- (Tantalean Rojas, 2021), en su investigación “El Fiscal Penal Y Su Responsabilidad De Acuerdo Al Nuevo Código Procesal Penal: Delito De Prevaricato”, Tesis para optar el Título profesional de Abogada, por la Universidad CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO, Chiclayo – Perú, en la que culmina; “el delito de prevaricato es un delito de infracción del deber cometido por todo tipo de fiscales en ejercicio de su función como sujeto activo del delito de prevaricato y como sujeto pasivo tenemos al Estado y al afectado por la actuación prevaricadora del fiscal, siendo el bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Asimismo, los elementos objetivos del tipo son la emisión de dictamen contrario al texto expreso y claro de la ley, citar pruebas inexistentes, aludir a hechos falsos en el dictamen fiscal, o apoyarse de leyes supuestas o derogadas que se encuentra divididos prevaricato de derecho, de hecho y el manifiestamente ilegal, sobre el elemento subjetivo del tipo penal de prevaricato hemos determinado que únicamente se puede cometer de manera dolosa, todo ello dentro de una investigación o proceso penal”.
- (Albán Zapata, 2022), en su investigación “Principales Consecuencias Jurídicas Constitucionales Y Jurídico Penal Que Genera La Aplicación Del Tipo Penal De Prevaricato De Derecho En El Perú”, tesis para optar el grado académico de doctor, con mención en derecho, por la Universidad nacional de Cajamarca – Perú, en la que culmina; “Se ha determinado que el delito de prevaricato de derecho sí afecta a la dimensión funcional del principio de Autonomía de los Jueces y Fiscales, porque mediante la expresión “texto claro y expreso de la ley” obliga a los Magistrados a ser meros aplicadores mecánicos de la ley y del sentido de la misma; de este modo se deja de lado el componente de actualización constante que caracteriza una Constitución viva propia de los Estados Constitucionales, mismo que solo se puede desarrollar mediante la autonomía otorgada a los Magistrados para encontrar

el sentido interpretativo del ordenamiento jurídico en su conjunto y aplicable al caso en concreto, que no puede ser idéntico al que el legislador determinó en su momento”.

- (Campos Tiza, 2018), en su investigación “El Delito De Prevaricato Y Su Incidencia En La Responsabilidad Penal Del Fiscal En La Región Huánuco”, tesis para optar el grado de maestro en derecho con mención en ciencias jurídicas, por la Universidad Nacional Hermilio Valdizan. Huánuco – Perú, en la que culmina; “La investigación presenta resultados que confirman haber alcanzado el sub objetivo (O1) según la cual se debe ‘conocer la relación que existe entre los elementos de la evidencia del prevaricato y 'la responsabilidad penal del fiscal por su capacidad' cuando tuerce el debido proceso al emitir la acusación fiscal en la Región Huánuco”.

SUB CAPÍTULO I

DERECHO PENAL MATERIAL

1. GENERALIDADES

1.1. Definición

A. Derecho penal desde el punto de vista objetivo

lus poenale; es el conjunto de normas jurídico penales referidas al delito, al sujeto responsable de su realización y a las consecuencias del delito, esto es, las penas y medidas de seguridad. Se puede definir como aquella parte del ordenamiento jurídico que precisa las características del hecho delictivo teoría del delito, individualiza al sujeto responsable teoría del sujeto responsable e impone una pena o medida de seguridad teoría de la determinación de la pena. (Bustos, 2004)

B. Derecho penal desde el punto de vista subjetivo

lus puniendi; es la facultad de Estado de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores. Se trata de una decisión político criminal que se plasma en una norma penal que declara punible un hecho y perseguible a su autor. De esta manera, el estado ejerce su poder exclusivo de ejercer «la violencia legítima» a través de la aplicación de penas y medidas de seguridad. (Bustos, 2004)

1.2. Características

a) El carácter público del derecho penal:

El derecho penal es público en un doble sentido:

1º La función de consagrar el camino delictivo de una conducta y establecer la pena aplicable a quien la ejecuta pertenece exclusivamente al legislador y es, por consiguiente, pública.

Esta característica se encuentra vinculada con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

En derecho penal no existen figuras innominadas creadas por los particulares. Lo que para la ley no es delito no lo es para nadie, por lo tanto la pena que la ley establece no puede imponerse en ninguna otra circunstancia.

2º El Derecho penal es público porque la función de realizarlo, declarándolo y ejecutándolo en los casos concretos, pertenece exclusivamente a órganos del poder público: tribunales, instituciones penitenciarias, etc. En el Estado de Derecho democrático está vedada la justicia de “propia mano” en términos absolutos: el particular no puede castigar por sí mismo a quien le hizo víctima de un delito, y menos aún cuenta con la facultad de impedir la aplicación de una pena al ofensor. (Lara, 2010)

b) Carácter secundario o subsidiario del derecho penal:

Es secundario o subsidiario porque la pena sólo debe emplearse cuando el ataque al bien jurídico no puede sancionarse de manera apropiada acudiendo a los medios de solucionarlo de que disponen las otras ramas del ordenamiento jurídico. La pena es un recurso de última ratio, igual ocurre con las medidas de seguridad y corrección. Esta característica es una consecuencia de las políticas criminales actuales inspiradas en el Principio de Humanidad, la idea de que el derecho penal es secundario o subsidiario, constituye una opinión prácticamente unánime en la doctrina contemporánea. La consideración de que la pena es el medio de control social más violento de que puede servirse el Estado de Derecho y de que, su mayor eficacia relativa no justifica su empleo indiscriminado, ha conducido a una actitud cada vez más prudente. La infracción no pone en peligro la posibilidad de convivencia, siempre serán preferibles las sanciones no punitivas para remediarla, eludiendo los efectos desocializadores del castigo penal. (Lara, 2010)

c) Carácter fragmentario del derecho penal:

Esta característica significa, que este no pretende alcanzar con efectos a toda la gama de conductas ilícitas, sino sólo a aquellas que constituyen ataques intolerables en contra de bienes jurídicos cuya subsistencia es capital para la preservación de la convivencia pacífica. Todo lo que se encuentra fuera de la descripción típica se encuentra sustraído a la reacción punitiva. Lo que se castiga por lo tanto son sólo los fragmentos de lo antijurídico. “Del común dominio de la ilicitud culpable fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos” y “de este modo, redúcese el actual Derecho Penal a un catálogo de tipos delictivos”, existe una relación estrecha entre esta característica y la subsidiariedad del ordenamiento punitivo. Conviene destacar que no todo lo que infringe las normas ha de ser castigado con una pena y, por el contrario, sólo sectores reducidos de lo que es ilícito justifican su empleo. (Lara, 2010)

d) Carácter personalísimo del derecho penal:

El derecho penal es personalísimo en dos sentidos:

1º La pena o la medida de seguridad en su caso, sólo pueden imponerse a quien ha ejecutado el hecho punible, y no puede afectarse a terceros.

2º Es también el sujeto a quien se impone la pena quien debe sufrir sus efectos, toda vez que el derecho penal no admite representación. Por lo tanto, ni la pena ni la medida de seguridad, ni la ejecución de las mismas, son transmisibles, pues la responsabilidad penal se extingue con la muerte del sujeto. Este rasgo del derecho penal se relaciona con la cuestión relativa a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas: ¿pueden ser éstas sujetos activos de un delito y, consiguientemente, pasibles de una pena? La solución de este problema se vincula tradicionalmente a la naturaleza jurídica de la misma; quienes ven en ella un ente ficticio, a quien el derecho atribuye por razones prácticas algunos atributos de la personalidad, niegan su capacidad delictual. Para este criterio es decisivo el hecho de que a la persona jurídica no se le puede formular

un reproche de culpabilidad, pues los actos que ejecuta son producto de la voluntad de las personas que la dirigen y administran o, constituyen la mayoría de los órganos de decisión. La teoría de la personalidad colectiva real considera que la persona jurídica es, como el hombre, una entidad con sustancia y voluntad propias, distinta de la de sus integrantes, directivos o administradores.

Ello significa atribuirle también la capacidad de cometer culpablemente un hecho injusto, y por lo tanto, un delito punible. Quienes abogan por reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas, resaltan el enorme incremento de cierto tipo de delincuencia, económica, ecológica, fiscal, etc. Para castigar este tipo de criminalidad no bastaría sólo con castigar a las personas naturales que intervienen en los hechos, puesto que además existe una red complejísima que muchas veces se desarrolla en los límites de la ilicitud. Quienes se oponen a este tipo de responsabilidad de las personas jurídicas, señalan que la responsabilidad sólo puede consistir en multas o en la disolución de la persona jurídica. No obstante, las penas pecuniarias se pueden imponer en sede administrativa sin que sea necesaria una pena penal al respecto. La disolución de la persona jurídica puede ocasionar grandes daños a terceros inocentes, quebrando el principio de la personalidad de la pena. De acuerdo a nuestra legislación y a partir de la Ley N° 20.393 de fecha 02 de Diciembre 2009, se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de: Lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. (Lara, 2010)

e) Derecho penal de actos y derecho penal de autor:

Se dice que un derecho penal es de actos cuando lo que se castiga en él son las conductas ejecutadas por el sujeto con prescindencia de las características personales de éste. Es decir, se sanciona el homicidio, la violación, el robo, o la injuria, describiendo los hechos en qué consiste cada uno de esos ilícitos y no a las personas que los cometen o

tienen tendencia a cometerlos. Por el contrario se habla de un derecho penal de autor para referirse a aquel que sustituye el catálogo de las conductas punibles por el de unas descripciones de características personales o modos de vida, a las cuales se conecta la reacción punitiva o la medida correctora o segregadora. En lugar de sancionar hechos, aspira a configurar tipos de hechos, “homicidas”, “delincuentes sexuales”, “delincuentes contra la propiedad”, “delincuentes ocasionales”, “delincuentes peligrosos por tendencia”, etc. (Lara, 2010)

1.3. Relación con la parte especial

El derecho penal comprende dos grandes partes, el primero correspondiente a la parte general, la cual está dedicado a la presentación de los principios fundamentales que orientan el ejercicio del poder punitivo del estado o *ius puniendi*, a identificar las características de la norma jurídico penal y de su aplicación, a señalar cuales son y como operan las categorías o elementos que integran el delito y a la descripción de las penas y tras consecuencias jurídicas del hecho punible. El segundo denominado “parte especial”, aborda en exclusividad el examen analítico de los delitos o conductas criminalizadas, así como de las penas que conmina la ley para sus autores y partícipes. La relación que se da entre ambos componentes de la dogmática del derecho penal es lineal e instrumental. En efecto, el conocimiento de las instituciones, conceptos y reglas de la parte general sirven luego para poder reconocer, interpretar y exponer los tipos penales, así como las modalidades o escalas punitivas que está reguladas siempre en forma conminativa en la parte especial. La parte especial del derecho penal cumple varias funciones que se proyectan y asimilan en el comentario analítico que realizan los juristas sobre los delitos y sus penas, entre sus principales funciones destacan cuatro: la garantista, la sistemática, la dogmática y la crítica. (Prado, 2017)

La función “garantista” representa una realización formal y practica del “principio de legalidad”, el cual constituye uno de los pilares esenciales del derecho penal moderno y que proclama que: “no hay delito, no hay pena sin

ley previa”, es por ello que los códigos penales configuran, describen e integran a través de sus normas, el bloque específico y taxativo de los actos u omisiones que tienen la condición de delito. Pero, además, en ella se coloca también, de manera visible, comprensible y expresa, la naturaleza e intensidad de las sanciones o penas que se aplicaran a quien realice un delito. Entonces, corresponde a la parte especial explicar los presupuestos, conceptos, características y efectos que regula la ley para cada hecho punible. (Prado, 2017)

En lo que respecta la función sistemática, la parte especial realiza una explicación de los delitos sobre la base de una secuencia ordenada de su ubicación y relevancia. Así, se construye un sistema coherente sobre los hechos punibles tomando en cuenta indicadores de prevalencia como la naturaleza y jerarquía del bien jurídico tutelado, la gravedad del hecho punible tipificado o la clase de estructura dogmática que el posee. Por su parte, la función dogmática permite construir y aplicar criterios razonamientos de interpretación de los delitos y de las penas que se encuentran contenidos en la parte especial para su aplicación razonada y uniforme por los tribunales de justicia. Finalmente, la función crítica de la parte especial aparece conectada a la evaluación valorativa y retroalimentadora que ella permite realizar de la orientación político criminal que sustenta la criminalización específica de cada delito, así como con el control de calidad que se aplica a la técnica legislativa que fue empleada en la redacción de los diferentes tipos penales. (Prado, 2017)

2. LOS LIMITES DE LA FACULTAD DE SANCIONAR

2.1. Potestad sancionadora del Estado

Se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente, la cual está fundamentada por la constitución política y en ella se encuentra la justificación política, como también en las normas internacionales. (Terrerros, 2006)

2.2. Principios del derecho penal material:

2.2.1. Definición

El poder penal del Estado se ejerce de acuerdo a determinados límites, los principios son aquellos límites que legitiman el sistema penal, estos limitan en la actuación del Estado. Cabe decir que los principios legitimadores del poder sancionador del Estado son tanto constitucionales como jurídico-penales (Percy, 2008) Su legitimación extrínseca proviene de la Constitución y los tratados internacionales. Su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios, el Estado cuando promulga (criminalización primaria) y cuando aplica (criminalización secundaria) determinadas normas penales, tiene que mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas. Estos principios se clasifican en límites materiales o garantías penales y límites formales o garantías procesales. Existen principios que se encuentran expresamente señalados en el título preliminar del código penal y otros que son producto de la aplicación político criminal de la ley penal. (Bacigalupo E. , 2004)

2.2.2. Principio de legalidad

Es el derecho de toda persona, el no ser condenado por un hecho que al tiempo de cometido no estaba sancionado en la ley penal, en

observancia del principio de legalidad cuyo antecedente se remota al principio universal del *nullum crimen nulla poena sine lege*, no estando contemplado en el código penal abrogado, vigente a la comisión de los hechos, la figura delictiva de fraude en la administración de personas jurídicas (...)” (Rojas Vargas, Ejecutoria suprema 5/9/96, 1999).

Este principio es el mandato de determinación, desarrollado legalmente, en el artículo II del título Preliminar del Código penal, que literalmente señala: Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella “ (Armaza Galdos & Toya, 1999).

El principio de legalidad determina que tanto las como las circunstancias que agravan o atenuan la penalidad de una conducta deben estar definidas previamente en la ley. (Prado Saldarriaga, 1999)

2.2.3. Principio de lesividad

El principio de lesividad exige que el bien jurídico tutelado sea lesionado o puesto en peligro para que intervenga el derecho penal (art. IV, TP, CP). En nuestro derecho penal este principio sigue siendo dominante, a pesar de los propósitos de dar prioridad a la infracción a la norma como criterio rector de la protección penal. Los bienes jurídicos son los valores fundamentales y predominantes de toda sociedad que protege los derechos humanos, su fuente principal son los principios constitucionales, y buscan evitar la arbitrariedad que puede originar el uso desmedido del poder penal en la vida, la salud, el medio ambiente, etc (Polaino Navarrete & Polaino Ortis, 2004).

2.2.4. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad o la responsabilidad penal permite que una persona solo sea responsable por los actos cometidos, excluyendo toda forma de responsabilidad objetiva (*versare in re illicita*), así como la posibilidad de responder por la conducta de terceros (art. VII, TP, CP). Según este principio, la pena solo puede fundamentarse si se comprueba que el hecho puede serle reprochable al acusado. El dolo o culpa es la manifestación del principio de culpabilidad, en este sentido, se admite la responsabilidad penal a través de estructuras dolosas o imprudentes, y se excluye la imputación por resultados imprevisibles.” (Jakobs, 2010)

SUB CAPÍTULO II

EL DELITO DE PREVARICATO

1. ANTECEDENTES

Como sabemos nuestra legislación penal ha ido cambiando en el tiempo y cada Código Penal, ha tenido influencia de distintos países para la elaboración de los mismos. e

1.1. Código Penal de 1863:

Es necesario recordar que nuestro primer Código Penal es del año 1863, este primer cuerpo normativo adjetivo penal recogió la influencia marcadamente del Código Penal Español que se había dado, años atrás, específicamente en el año 1948, aunque claro está, este dispositivo legal bebió de fuente legislativa francesa. Nuestro Código Penal de 1863 ya albergaba en su seno al delito de Prevaricato. Así pues, esta norma señalaba en su artículo 170 que:

Art. 170.- Prevaricato:

"Comete prevaricato: 1.- El juez que expide sentencia definitiva manifiestamente injusta; 2.- El juez que conoce en causa que patrocinó como abogado; 3.- El juez que cita hechos o resoluciones falsas; 4.- El juez que se niega a juzgar, ley o pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley; 5.- El juez que se apoya en leyes supuestas o derogadas". (artículo 170 del Código Penal peruano de 1863).

Como puede verse el delito de prevaricato en nuestro primer Código Penal tiene una regulación bastante extensa y a diferencia del actual solo restringe al sujeto activo de este delito de infracción de deber al juez, más no así al fiscal como ocurre en nuestro actual Código penal; asimismo, solo hace referencia a los términos sentencia y resoluciones, más no ha dictámenes.

Cabe destacar también, que no se hace a alusión a la forma prevaricadora de "cita pruebas inexistentes", sin embargo, si precisa el prevaricato de hecho, al referirse a "cita hechos falsos" y al prevaricato de derecho cuando señala que " El juez que se apoya en leyes supuestas o derogadas".

Además, podemos darnos cuenta de forma clara que algunas de estas formas de prevaricato se encuentran en nuestro código Penal actual, pero en otros tipos penales como el de prohibición de conocer un proceso que patrocinó" (actual artículo 420 del Código Penal), y el de "negativa a administrar justicia" del artículo 422 del Código Penal actual.

Una nota interesante es que la nos proporciona el artículo 170 de nuestro primer Código Penal, pues regulaba una forma muy subjetiva de prevaricato: "El juez que expide sentencia definitiva manifiestamente injusta", este tipo penal, que ha sido superado, tenía un componente subjetivo muy marcado y que en un análisis apresurado podríamos concluir que se lesiona el principio de culpabilidad, y el de legalidad, al contener un elemento cuyos alcances son difíciles de delimitar.

1.2. Código Penal de 1924

A diferencia del Código Penal de 1863, el Código Penal de 1924, conocido como el Código de Maurtua, gozaba de una marcada influencia legislativa Suiza.

Ahora bien, con respecto al delito de prevaricato, el Código de Maurtua había regulado este delito contra la administración de justicia en el artículo 354; aunque luego sufrió una modificación con respecto al texto original que consagró el código de 1924.

Artículo 354° Prevaricato (texto original)

"El juez que dictará resoluciones manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley o que citará resoluciones o hechos falsos o que se apoyare en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación absoluta perpetua" (artículo primigenio 354 del Código Penal de 1924)

Cómo podemos advertir este tipo penal que contiene al delito de prevaricato, nuevamente señala que el sujeto activo es solamente el juez, y en consecuencia que la conducta prevaricadora de este solo recae en resoluciones. A diferencia del texto de su predecesor, ya no incluye conductas como la de omitir dictar resolución por vacío de la ley ni la del juez que conociera causa que conoció como abogado; así mismo se aleja decididamente de la formula típica gaseosa del juez prevaricador por emitir "resolución injusta". Al mismo tiempo nos damos cuenta que tampoco hace mención del prevaricato por la utilización de pruebas falsas o inexistentes, tal y como sucedía con el código de 1863.

El artículo 354 del mencionado Código sufrió una reforma el 12 de junio del año 1981, mediante decreto legislativo N° 121, el texto de la norma fue el siguiente:

"Artículo 354°. - Prevaricato.

El juez que dictará resoluciones o el fiscal que emitiera dictámenes manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley o que citare resoluciones o hechos falsos o que se apoyare en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación absoluta perpetua. La misma pena será

aplicada al funcionario o servidor público que incurriere en las mismas acciones en asunto administrativo". (texto modificado del artículo 354 del Código Penal de 1924)

Como podemos advertir es recién con esta reforma del año 1981 donde recién se tipifica como sujeto activo de este delito al fiscal, y por lógica consecuencia al objeto material de las conductas prevaricadores de los fiscales a los dictámenes. Además de ello, es sumamente relevante que se extendió como sujetos activos de este delito a cualquier funcionario o servidor público que incurre en las mismas conductas dentro de sus funciones administrativas; es claro, que se extendió de forma bastante amplia los alcances del tipo penal de prevaricato, lo que luego fue reducido con la fórmula típica que ofrece el código penal actual.

2. EL PREVARICATO EN DEL DERECHO COMPARADO

2.1. Código Penal de Costa Rica:

Artículo 350:

Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión. Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores.

2.2. Código Penal de España:

Artículo 446

El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado.

2.3. Código Penal de Colombia

Artículo 413:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis puntos sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

2.4. Código Penal de Chile:

Artículo 223

Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los funcionarios que desempeñan el ministerio público, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados: 1 Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil. 2 cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo. 3 cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a mujer procesada o que litigue ante ellos.

2.5. Código Penal de Paraguay

Artículo 305.- Prevaricato

1º El juez, árbitro u otro funcionario que, teniendo a su cargo la dirección o decisión de algún asunto jurídico, resolviera violando el derecho para favorecer o perjudicar a una de las partes, será, castigado con pena privativa de libertad de dos a cinco años.

3. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO.

3.1. Sujetos

- **Sujeto Activo**

Por ser el injusto un delito especial, solo puede ser sujeto activo el juez o el fiscal, excluyendo a cualquier otro funcionario público facultado para emitir resolución, dictamen u otro concepto manifiestamente contrario a la ley, como suele suceder con la función administrativa.

- **Sujeto Pasivo**

El sujeto pasivo en este injusto penal es el Estado como titular del bien jurídico tutelado, pero también, accesoriamente, debe ser comprendido el particular afectado con el acto prevaricador del juez o fiscal.

3.2. Conductas típicas

A. El juez que, a sabiendas, dicta resolución contraria al texto expreso y claro de la ley "La acción es la de dictar resoluciones con las

características enunciadas en el tipo. Tiene que tratarse de resoluciones de carácter jurisdiccional". (Alvarez, 2016)

- B. El fiscal que, a sabiendas, emite dictamen contrario al texto expreso y claro de la ley. Este supuesto contemplado en el artículo 418 del Código Penal solo puede ser cometido por el representante del Ministerio Público a quien, de acuerdo con el artículo 159, inciso 6 de nuestra Constitución Política, le corresponde emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla, dicese lo propio de su Ley Orgánica. (Alvarez, 2016)

3.3. Clases de prevaricato

El tipo penal objeto de análisis contempla tres modalidades típicas: prevaricado de derecho o jurídico, prevaricato factico o de hecho y prevaricación manifiestamente ilegal.

- **Prevaricato de derecho**

Esta modalidad típica se configura cuando el juez o el fiscal que dicta resolución o emite dictamen manifiestamente contrario al texto expreso y claro de la ley, tal cual se encuentra establecido en el tipo penal 418° del CP.

Siendo así “Este precepto hace alusión a la prevaricación de derecho. Manifiestamente contrario a la ley es lo que viola su tenor literal o su contenido espiritual, es decir, aquello que no puede desconocer un funcionario al ejercer (LLorente, 1998)

- **Prevaricato de hecho**

Esta modalidad típica del delito de prevaricato se configura en dos supuestos: i). Cuando el juez o fiscal al emitir resolución o dictamen cita hechos falsos, ii). Cuando el juez o fiscal al emitir resolución o dictamen cita pruebas inexistentes.

Respecto de la primera modalidad, el Juez o Fiscal invocan hechos falsos en la de un fallo o emisión de un dictamen, debiendo existir una relación entre aquellos y la decisión del asunto sometido a su conocimiento. Un hecho falso se presenta, además, cuando se niega la existencia de un hecho o cuando este es presentado de forma diferente a como sucedió.

Sobre la segunda modalidad el juez o fiscal citan pruebas inexistentes para emitir su fallo y aplicar la ley, actuando de forma fraudulenta. Es así que Peña menciona “En el prevaricato de hecho, a diferencia del prevaricato de Derecho, el agente del delito apoya el sentido de su resolución en una base fáctica que no se corresponde con la realidad de los hechos o, en su defecto, se apoya en pruebas inexistentes o fuentes de conocimiento (cognición) que no han sido invocadas por las partes”. Hablamos de pruebas inexistentes, cuando nos referimos a que la fiscal cita hechos no alegados por las partes, o agrega pruebas falsas o adhiere ciertos elementos a los hechos verdaderos. Nos referimos a hechos falsos, según la opinión del doctor Peña, al hecho que “consiste en afirmar como existente en autos algo que no existe, y solamente en tomar como probado algo que al libre criterio de otro juzgador no está probado”

- **Prevaricato manifiestamente ilegal**

Esta tercera modalidad delictiva resulta cuando el juez o fiscal ampara su decisión en medito a leyes supuestas o derogadas. Por ello, Peña Cabrera menciona que “cuando nos referimos a leyes supuestas se entenderán como aquellas que nunca existieron, que nunca tuvieron vigencia normativa en el ordenamiento jurídico, es decir fueron creadas ficticiamente por el agente, a fin de expedir una resolución abiertamente ilegal” (Peña A. , 2018)

Esto es, que la norma citada por el fiscal, nunca ingreso a la normativa vigente. Por ello, Peña sostiene que, de las variantes del

delito de prevaricato, la modalidad más grosera sucede cuando el juez o el fiscal sostienen el amparo jurídico de sus decisiones en mérito de leyes supuestas o derogadas. Se trata de normas que no se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico, o de dispositivos legales que han sido abrogados por el legislador o expulsados del derecho positivo, la virtud de una sentencia estimatoria producto de un proceso de inconstitucionalidad. (Alvarez, 2016)

3.4. Bien jurídico

El bien jurídico tutelado es la legalidad en el ejercicio de la actividad de la administración de justicia, la confianza en el ejercicio de la potestad judicial rectorados por los principios del Estado de Derecho.(Alvarez, 2016)

3.5. Objeto material del delito

“La actividad infractora de los agentes está dirigida a vulnerar la legalidad formal y garantista de la Administración de Justicia” (Alvarez,2016)

3.6. Elemento subjetivo

El delito de prevaricato en cualquiera de sus modalidades es eminentemente doloso, no admite ni siquiera dolo eventual. (Nakazaki,2013)

El tipo subjetivo es, desde luego, doloso, es así que (Garcia Cavero, 2012) afirma que “El dolo no se prueba, se atribuye o se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho Penal.

El doctor (Espinoza Ramos, 2011) manifiesta que el tipo penal de prevaricato exige una conducta dolosa al momento de infringir la ley, cuando se refiere a esta conducta lo hace en un sentido constitucional, pues no basta entender que la ley está siendo vulnerada como tal, sino

debe comprenderse que esa ley está yendo en contra del Estado Constitucional. Esto es, que el prevaricador al momento de cometer el ilícito penal infringe una ley constitucional porque atentando contra el Estado.

El autor (Reategui Sanchez, 2010) considera con respecto del elemento subjetivo de prevaricato que “(...) es doloso, esto es, el juez o el fiscal expide una resolución o dictamen con conciencia y voluntad de que está yendo contra el texto claro y expreso de la ley, o citando hechos falsos o pruebas inexistentes, o apoyándose en leyes supuestas o derogadas”. Siendo así, el fiscal está obligado a no apartarse del derecho al momento de realizar sus actos procesales o de investigación o cuando tienen que obtener los hechos y las pruebas de un delito, si lo hiciere estaría cometido el ilícito penal de prevaricato.

Además, (Rojas Vargas, Código Penal, 2016) sostiene que “respecto al elemento subjetivo, el magistrado debe saber que lo que invoca no puede, fáctica y jurídicamente, fundamentar su fallo, y puede querer, por tanto, mostrar como jurídico o verdadero lo que no es, lo que se denomina animus prevaricandi y que, en buena cuenta excluye el error o la ignorancia del derecho”, pues no solo debe acreditarse el elemento objetivo del tipo sino el actuar doloso por parte del fiscal en pro de una de las partes.

3.7. Tentativa y consumación

El prevaricato es un delito de mera actividad, ya que no requiere para su realización típica la generación de un resultado específico. El simple acto de emitir la resolución o dictamen es suficiente para consumir el delito, sin que se requiera perjuicio concreto y específico a un tercero.

(Frisancho M. , 2000) señala que “El delito se consuma con la formación de la sentencia o la formación injusta con independencia que no haya llegado a adquirir firmeza o fuera revocada en instancia

superior”. Siendo intrascendente el efecto que haya causado la resolución o el dictamen, bastando únicamente su emisión por parte del órgano jurisdiccional o sujeto procesal.

En la medida que se trata de un tipo penal de mera actividad no es posible la tentativa como fase de realización del tipo penal. Es decir, el tipo penal no admite formas imperfectas de ejecución. (LLorente, 1998)

SUB CAPÍTULO III

LOS ACTOS FISCALES CON EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. EL PROCESO PENAL

1.1. Definición

(Arbulú, 2015) sostiene: El Derecho Procesal Penal, es la rama del derecho público que establece los principios y regulación tanto de los órganos jurisdiccionales del Estado para la administración de justicia, como del proceso como medio para la concreción del derecho sustancial en el caso particular.

En la doctrina también se le llama derecho penal formal y constituye el conjunto de principios y normas fundamentales que se encuentran conformando el Código Procesal Penal, promulgado según el D. Le. 957 de fecha 29 de julio del 2004 y excepcionalmente en leyes especiales, constituyendo un conjunto de normas jurídicas con autonomía legislativa y científica del derecho penal; y de las demás que forman el orden jurídico interno del Estado

Para (Bacigalupo E. , 2005) Cometido un delito surge en el Estado el derecho de aplicar a su autor la ley penal; surge y se constituye entonces una verdadera relación jurídica entre el Estado y el delincuente. Corresponde, en efecto, a aquel, que representa a la colectividad, el derecho y al mismo tiempo el deber de aplicar la ley penal: causa de la relación es el delito cometido; su fuente la ley penal. Pero supuesto que toda relación se forma por el encuentro de dos derechos, al mismo tiempo que el derecho del Estado, surge otro correlativo, si bien diverso, a favor del acusado; y éste no es otro sino el de que su responsabilidad sea determinada previamente, medida la sanción, y aplicada sólo con sujeción a los presupuestos y en los límites fijados por la ley y no de otra manera.

1.2. Características

A. Pertenece a la categoría de derecho público:

Sus normas regulan una actividad del Estado, como es la administración de justicia, en ejercicio de su potestad jurisdiccional. No teniendo facultad las partes para modificar o cambiar las normas de un proceso por otras distintas a las que se establecen mediante la ley.

Funcionalmente es un derecho instrumental o accesorio: Ya que sirve a la concreción o materialización del derecho penal sustancial, constituyendo el medio o instrumento por el cual se materializa y alcanza su fin represivo.

En todo ordenamiento jurídico, es común que a la vez que se dan las normas de derecho sustantivo, también se denles normas de derecho instrumental, denominadas también de derecho formal o adjetivo, aplicables al proceso para la concreción del derecho sustantivo, regulando los actos procesales del Juez, de las partes, de los terceros y de los auxiliares de justicia. (Armenta, 2009)

B. Como disciplina científica es autónoma:

Ya que, respecto al derecho penal, esta trata del delito como comportamiento incriminado con una sanción; y que difiere del derecho procesal penal, que regula la actividad procesal que tiene que cumplirse como presupuesto para la aplicación de la sanción.

C. Tiene una naturaleza imperativa:

Ya que no es convencional, imperando el principio de legalidad procesal, se rechaza el principio de autonomía de la voluntad, excluyéndose el proceso convencional, estableciéndose: primero, que el proceso se rige por normas legales a las cuales se somete el órgano jurisdiccional y las partes; y segundo, que el carácter de las reglas que regulan el proceso y toda su actividad son de aplicación necesaria.

1.3. Etapas

A. La investigación preparatoria:

La investigación preparatoria es la primera etapa del proceso penal acusatorio común, mediante esta etapa lo que se busca es que la fiscalía logre acopiar elementos de carago y de descargo que permitan al fiscal decidir si acusa o requiere un sobreseimiento (Peña

a. , 2010), esta etapa es dirigida por el Ministerio Público, y se subdivide en dos sub etapas: las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha, también llamada investigación preparatoria formalizada (Peña C., 2018)

En esta etapa el Juez de investigación preparatoria cumple una función, como Juez de control o Juez de garantías, pues es a él al que se debe recurrir cuando se vulneran derechos del imputado y de las partes en general. Este Juez de investigación Preparatoria que no dirige la investigación, sino que la supervigila tal cual un Juez Constitucional, le asisten algunas atribuciones tales como: ordenar la imposición de medidas de coerción, la prueba anticipada, controlar el cumplimiento de los plazos, resolver sobre la constitución de las partes, entre otras.

}

B. La Etapa Intermedia:

La investigación preparatoria es la actividad de indagación que se realiza desde que la Policía y el Fiscal tienen conocimiento de la comisión de un hecho con carácter delictivo. Su exclusivo objetivo es buscar, recolectar y reunir los elementos de convicción de cargo y

descargo que al final permitirán al Fiscal responsable de su conducción, decidir si formula acusación o en su caso, solicita al Juez de la investigación preparatoria el sobreseimiento del caso.

La investigación preparatoria concluye normalmente con una petición que efectúa el titular de la acción penal al Juez.

Esta petición puede consistir en el requerimiento de apertura de juicio oral efectuada por medio de la formulación de la acusación o en su caso, el requerimiento puede consistir en un sobreseimiento de la causa, es decir, un pedido de archivo del caso debido que luego de la investigación efectuada, el fiscal no cuenta con suficientes elementos de convicción que sirvan para sustentar una acusación Sin embargo y a diferencia de lo que ocurre en el sistema mixto con tendencia marcada al inquisitivo en vigencia aún en la mayor parte del territorio nacional, en el modelo acusatorio que recoge el Código Procesal de 2004, de modo alguno se pasa al juicio oral una vez concluida la fase de investigación. Entre ambas etapas existe otra que se conoce como “etapa o fase intermedia”, la misma que cumple trascendentes funciones al interior del proceso penal. En principio, es claro que la investigación preparatoria y la etapa intermedia sólo se constituyen en etapas fundamentales que sirven para preparar el juicio. Sin aquellas etapas, es imposible juicio alguno en un proceso penal común. La razón de ser de la etapa intermedia se funda en la siguiente idea: los juicios orales para ser exitosos deben prepararse en forma conveniente de modo que sólo se pueda llegar a ellos después de realizarse una actividad responsable (Alberto, 2002) por parte de los sujetos del proceso incluido el tercero imparcial: el Juez. La etapa intermedia garantiza, en beneficio del principio genérico de presunción de inocencia, que la decisión de someter a juicio oral al acusado no sea apresurada, superficial ni arbitraria. Sus objetivos se dirigen a evitar lleguen al juzgamiento casos insignificantes o lo que es peor, casos con acusaciones inconsistentes por no tener

suficientes elementos de convicción que hacen inviable un juicio exitoso para el Ministerio Público. Este aspecto, la doctrina, lo denomina como justificación política. Se pretende evitar la realización de juicios orales originados por acusaciones con defectos formales o fundamentados en forma indebida. También la etapa intermedia tiene su fundamento en el principio de economía procesal, toda vez que se busca finalizar en sentido negativo, sin juicio oral, un caso que no merece ser sometido a debate, evitando de esa forma, dicho sea de paso, molestias procesales inútiles al imputado. (Omar, 2006) .

La etapa intermedia, tal como precisa el profesor y Fiscal Supremo Pablo Sánchez Velarde (Elguera, 2005) , es una fase de apreciación y análisis para decidir la acusación, plantear mecanismos de defensa contra la acción penal y también, para que se analicen los medios probatorios presentados por las partes. En esta etapa, toda la actividad probatoria efectuado en la investigación preparatoria es sometida a los filtros o controles necesarios de legalidad y pertinencia, para luego de ser el caso, ser admitida a juicio.

- ***El sobreseimiento:***

El sobreseimiento, es una figura nueva en nuestro ordenamiento jurídico que fue incorporada de modo expreso, por primera vez, en el artículo 252 del Código Procesal Penal de 1991, que establecía que si al concluir la investigación, el fiscal no encuentra fundamentos para acusar, sea porque no se ha probado el delito o porque solamente está acreditada la existencia de este, pero no la responsabilidad del imputado, emitirá el dictamen no acusatorio y remitirá lo actuado al juzgado. (Cubas , 2017)

En la doctrina, la figura del sobreseimiento surge debido a que la función esencial de la investigación preparatoria consiste en

preparar el juicio oral, entonces, puede suceder que no concurran los presupuestos de la pretensión penal y, en tal caso, en la fase intermedia finalizará el proceso mediante un auto de sobreseimiento. Es así que el sobreseimiento se constituye en una figura importante en nuestro proceso penal y en general en la sociedad, ya que a través de este, se evita que una persona sea juzgada por un hecho que no sería justiciable o no existieran las condiciones para que se ventile en los tribunales dicho asunto y, por ende, no podría acudir a una mayor intervención del Derecho Penal, el cual, como ya sabemos, se utiliza como ultima ratio, facultando al fiscal para que pueda decidir por una alternativa diferente a la de formular acusación, lo cual si bien es manifestación del ejercicio negativo del poder de acusar, como se verá más adelante, dicho ejercicio negativo del poder de acusar, conforme lo detalla el artículo 339 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), no resulta del todo discrecional, sino que se encuentra sujeto a control judicial; manifestando de ese modo el legislador su apuesta por una discrecionalidad muy limitada tanto en el ejercicio como en la desestimación del ejercicio de la acción penal pública para el Ministerio Público. (Gimeno, 2003)

- **La acusación**

“La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159° 5 de la Constitución, 1 o y 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público en adelante, LOMP, 219° ACPP y 1°, 60° y 344°.1 NCPP).

Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344 °. 1 NCPP). (Gimeno, 2003). La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdicción al entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no sólo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. (San Martín, 1999)

De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y a l petito o petición de una concreta sanción penal. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito, cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de

instrucción o investigación preparatoria y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad". A cuerdo Plenario N ° 6-20091C J-116, considerando 6.176 (orbaneja, 1950)

C. Juicio oral:

Es el procedimiento principal, está constituido por como eje fundamental la celebración del conjunto de actuación es que tienen juicio que, como acto concentrado, es la máxima expresión del proceso penal. Se enjuicia la conducta del acusado para condenarlo o absolverlo en la sentencia que pone fin al proceso. No cabe absolución de la instancia, y como núcleo esencial del proceso penal tiene lugar la práctica de la prueba y, sobre ella y su resultado, se fundamentará la sentencia artículo 393.1CPP. (Armenta, 2009)

Este es el penúltimo acto procesal de la etapa intermedia, resume el contenido medular de esta y limita aquello que se discutirá en juicio oral. En palabras de (Oré, 2016), “se denomina auto de enjuiciamiento a aquella resolución judicial, emitida una vez concluido el control jurisdiccional de la acusación, en la que se delimita la imputación formal en sus aspectos objetivo y subjetivo, al aceptarse la solicitud fiscal para que el acusado sea sometido a un juicio público por un determinado hecho delictivo”. Asimismo, el autor refiere que el auto de enjuiciamiento representa la conclusión del control jurisdiccional de la acusación, considera aspectos subjetivos tales como el nombre de los imputados y la indicación de las partes constituidas en la causa; a su vez toma en cuenta aspectos objetivos como el delito o delitos cometidos, los medios de prueba y las convenciones probatorias en caso existiesen.

Por su parte el Juzgamiento es la resolución dictada por el juez de la investigación preparatoria que constituye un juicio positivo sobre la acusación necesaria en virtud del principio acusatorio, y reconoce el derecho de acusar del fiscal. Presupone la concurrencia de los presupuestos, materiales o formales, que condicionan el enjuiciamiento. (San Martín, 2003) Cabe decir que la conclusión de la acusación es la característica principal de este acto procesal. Además, agrega que es el juez de investigación preparatoria el que lo realiza, para luego remitir lo actuado al juez penal, de todo esto podemos colegir que el juez de investigación preparatoria, tras sanear la acusación y resolver los requerimientos de los sujetos procesales plasmados en el artículo 350°, se dispondrá a realizar el auto de enjuiciamiento, el cual tiene carácter de inimpugnabile, atendiendo a que cualquier defecto existente ha sido superado en los actos procesales precedentes. (Oré, 2016)

2. EL FISCAL COMO SUJETO PROCESAL

2.1. Funciones

- El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por denuncia policial.
- El fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la policía nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. (Reategui Sanchez, 2010)

2.2. Deberes

1. El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la

Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación.

2. Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. Solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo.

3. Interviene permanentemente en todo el desarrollo del proceso. Tiene legitimación para interponer los recursos y medios de impugnación que la Ley establece.

4. Está obligado a apartarse del conocimiento de una investigación o proceso cuando esté incurso en las causales de inhibición establecidas en el artículo 53. (Salas, 2014)

2.3. Actos que emite durante el proceso penal

2.3.1. Providencias

Las providencias se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación.

Que tienen su equivalente a los decretos que expida el juez, cuya finalidad es impulsar el procedimiento de la investigación, siendo decisiones de mero trámite y no requieren motivación, por ejemplo: la designación de abogado, señalamiento de domicilio procesal, presentación de documentos (San Martín, 1999)

2.3.2. Disposiciones

Que se dictan para el inicio, continuación y el archivo de las investigaciones, en la cual, se expresa la motivación de los fundamentos fácticos y jurídicos que soporten la decisión

fiscal, como, por ejemplo: la apertura de la investigación, declarar que no procede la formalización y continuación de la investigación preparatoria, la conducción compulsiva de una persona, la aplicación del principio de oportunidad, entre otros.

El Ministerio Público formulará sus disposiciones, requerimientos y conclusiones en forma motivada y la específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del juez, ni a disposiciones o requerimientos anteriores. Procederá oralmente en la audiencia y en los debates, y por escrito en los demás casos. (Salas, 2014)

Las disposiciones se dictan para decidir:

- a) El inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones.
- b) La conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación.
- c) La intervención de la policía a fin de que realice actos de investigación.
- d) La aplicación del principio de oportunidad.
- e) Toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la ley.

Las disposiciones y los requerimientos deben estar motivados, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del juez, ni a disposiciones o requerimientos anteriores. (San Martín, 1999)

2.3.3. Requerimientos

Vienen a ser las peticiones que formula el fiscal al órgano judicial encaminadas a la realización de determinados actos procesales, en la cual, se deberá persuadir al juez a través de una suficiente y adecuada motivación de las solicitudes, las cuales restringen derechos fundamentales relacionados al derecho a la libertad personal, acompañando los elementos de convicción que lo sustenten, por ejemplo: las solicitudes de prisión preventiva, impedimento de salida, suspensión de derechos, etc. Por lo que, verificamos que nuestro legislador, con la dación del Código Procesal Penal, estableció una clasificación de resoluciones fiscales, en la cual, el Ministerio Público ejerce su función como titular de la acción penal pública y órgano persecutor del delito, manifestando sus decisiones a través de providencias, disposiciones y requerimientos dentro del marco del proceso penal. (Salas, 2014)

3. EL DICTAMEN FISCAL

3.1. Definición

El artículo 159° inciso 6 de la constitución política del Perú establece como una de las atribuciones del Ministerio Público: (...) “emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla (...)”. Asimismo, dicha atribución se encuentra establecido en el Decreto Legislativo N ° 052 Ley Orgánica del Ministerio Público.

La Real Academia española define: “opinión y juicio que se forma o emite sobre algo” Para Armando Calmet Luna el dictamen es un informe emitido por perito en una determinada materia sobre asunto sometido a su consideración. (Calmet, 2004)

(Pedro, 1999) “Opinión autorizada de un organismo colegiado, o un funcionario especializado, sobre asuntos técnicos del derecho”.”

Opinión escrita del representante del Ministerio Público, y que sirve de ilustración al Juez o Tribunal, representando el punto de vista de la sociedad”.

3.2. Características

Juan Carlos Morón Urbina menciona: “De tal manera, el informe o dictamen constituye un antecedente que se incorpora al expediente y aporta a la motivación de la decisión, emitiéndose en ejercicio de una función meramente consultiva no decisoria. Por otro lado, cita a Morón Utchin- Son, que refiere lo siguiente: “mediante el dictamen una instancia consultiva especializada emite su parecer técnico o jurídico acerca de la materia controvertida. En ese sentido el dictamen no constituirá ningún medio probatorio sino una opinión sobre lo actuado, incluyendo un análisis de la probanza aportada (Morón, 1999).

SUB CAPÍTULO IV

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.1. Antecedentes

- **El Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979**

La Constitución Política del Perú de 1979 instituyó el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) como una novedad y por primera vez el Perú incorporó el control constitucional concentrado. El artículo 296. ° de dicha Carta estableció que el TGC era el órgano de control de la Constitución y que se componía de nueve miembros (tres designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo y tres por la Corte Suprema de Justicia). El artículo

297. ° de la Constitución de 1979 señaló que para ser miembro del TGC se exigían los mismos requisitos de vocal de la Corte Suprema, tener probada ejecutoria democrática y de defensa de los derechos humanos. La duración del mandato se fijó en seis años y se contempló la reelección. Igualmente se estableció la renovación por tercios cada dos años. La competencia del TGC fue fijada por el artículo 298. ° de la Constitución de 1979. El TGC empezó a funcionar en noviembre de 1982 y fue disuelto el 5 de abril de 1992 por el golpe de Estado del expresidente Alberto Fujimori. La evaluación del funcionamiento del TGC fue criticada por parte de algunos académicos y políticos.

Transcurridos más de 22 años de este episodio, se puede afirmar que, en el Perú de aquella época, la función del TGC no fue comprendida adecuadamente por un segmento de la clase política peruana. En efecto, bastaron dos sentencias parciales de inconstitucionalidad para que este hecho también fuera usado como una razón más para justificar el golpe de Estado de 1992. En la actualidad, el Tribunal Constitucional dicta sentencias de inconstitucionalidad regularmente desde el año 2001 y, ello, a pesar de algunas críticas, es respetado por los actores políticos y los poderes públicos. Después de tres décadas de la instauración

del TGC y un golpe de Estado de por medio, se comprueba un avance en el desarrollo de la jurisdicción constitucional en el Perú.(Morales, 2014)

- **El contexto político del debate constitucional después del golpe de Estado del 5 de abril de 1992**

El contexto político en el que se produjo el debate constitucional del año 1993 estuvo signado por el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y por el compromiso del Gobierno con la Organización de Estados Americanos de dictar una nueva constitución y restablecer la democracia.

se realizó el debate sobre el Tribunal Constitucional, que se caracterizó por una fuerte crítica a la labor del TGC. El Gobierno y sus voceros en el Congreso Constituyente Democrático (CCD) plantearon, desde el inicio, que el control de la Constitución radicara en el Poder Judicial. En efecto, antes de que se iniciara formalmente el debate constitucional de 1993, durante la etapa de dictadura pura (abril a diciembre de 1992), Carlos Torres y Torres Lara, principal ideólogo y artífice de la Constitución de 1993, planteó su modelo de Poder Judicial en el documento Las primeras iniciativas del cambio constitucional, del primero de junio de 1992, apenas dos meses después del golpe de Estado. El régimen dictatorial, a través de su vocero para el debate constitucional de 1993, propuso un modelo de jurisdicción constitucional que entregaba la tarea de protección de los derechos constitucionales a la Corte Suprema. Del mismo modo, hacía una crítica velada al modelo europeo de jurisdicción constitucional cuando se refiere a principios abstractos y realidades externas y uni culturales. Meses después, el 17 de octubre de 1992, en el Documento de Huampaní, considerado la

base para los cambios constitucionales que promovería la Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90, grupo político del gobierno de Fujimori, en la campaña electoral del Congreso Constituyente Democrático, en noviembre de 1992, Las Cortes Superiores y las Cortes Supremas deben ser distribuidas por Provincias Judiciales. La Corte Suprema Nacional solo debe atender los casos relativos a los derechos constitucionales. Esta distribución de funciones permitirá descentralizar la justicia no solo para agilizarla sino para que la jurisprudencia responda mejor a la realidad y a la equidad en vez de principios simplemente abstractos captados de realidades externas y uni culturales. El régimen dictatorial, a través de su vocero para el debate constitucional de 1993, propuso un modelo de jurisdicción constitucional que entregaba la tarea de protección de los derechos constitucionales a la Corte Suprema. Del mismo modo, hacía una crítica velada al modelo europeo de jurisdicción constitucional cuando se refiere a principios abstractos y realidades externas y uniculturales. Meses después, el 17 de octubre de 1992, en el Documento de Huampaní, considerado la base para los cambios constitucionales que promovería la Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90, grupo político del gobierno de Fujimori, en la campaña electoral del Congreso Constituyente Democrático, en noviembre de 1992, se reitera: Las Cortes Superiores y las Cortes Supremas deben ser distribuidas por Provincias Judiciales.

La Corte Suprema Nacional solo debe atender los casos relativos a los derechos Constitucionales. Esta distribución de funciones permitirá descentralizar la justicia no solo para agilizarla sino para que la jurisprudencia responda mejor a la variada realidad peruana y a la equidad en vez de principios abstractos captados de realidades externas y uni culturales. El documento Resumen de los objetivos aprobados por Nueva Mayoría-Cambio 90 para una

nueva Constitución peruana, del 21 de octubre de 1992, firmado por Carlos Torres y Torres Lara, entonces jefe de Plan Constitucional y Legislativo, estableció sobre la reforma del Poder Judicial lo siguiente: Elección ciudadana de Jueces Revocación ciudadana de Jueces Cortes Supremas Regionales Corte Suprema Nac. Constitucional.

Debe destacarse que Carlos Torres y Torres Lara no era constitucionalista, y por aquella época Brasil había dictado su nueva Constitución de 1988. Es probable que el mencionado político la haya tenido como modelo, pues en el Brasil, el Supremo Tribunal Federal detenta el control constitucional de las leyes. Además, los procesos de habeas data y cumplimiento de la Constitución peruana de 1993 fueron tomados de la Constitución brasilera del año 1988. (Morales, 2014)

- **El debate sobre el Tribunal Constitucional en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático de 1993**

Sobre la base de los antecedentes reseñados, a principios de 1993, se iniciaron los trabajos en la Comisión de Constitución del CCD. La propuesta fue complementada a lo largo de los siguientes debates en la Comisión con el nombramiento de los vocales supremos por parte del Consejo de la Magistratura. En la 37.^a sesión de la Comisión del miércoles 31 de marzo de 1993, bajo la presidencia del señor Carlos Torres y Torres Lara, se puso en debate el capítulo III sobre el control constitucional y administrativo.

La bancada gobiernista proponía que la Corte Suprema fuera el ente encargado del control de la Constitución y no solo una sala de la Corte Suprema, asignándole, como al TGC en la Constitución de 1979, la revisión en casación de las resoluciones

denegatorias de habeas corpus y amparo. Se incorporó como novedad que dichas acciones solo se tramitaban en dos instancias, a diferencia del procedimiento ante el TGC que regulaba tres instancias antes de llegar a él. Hasta esta etapa del debate en la Comisión, la mayoría gobiernista del CCD propugnaba que fuera el Poder Judicial el único órgano de control de la Constitución. En la 38.^a sesión del jueves 1.º de abril de 1993, bajo la presidencia del señor Carlos Torres y Torres Lara, se escuchó la opinión del invitado, Manuel Aguirre Roca, exmagistrado del TGC, sobre el balance del funcionamiento del TGC.

Pocos días después, en la 42.^a sesión del lunes 12 de abril de 1993, el mismo presidente de la Comisión, Carlos Torres y Torres Lara, planteó una cuestión de orden a fin de postergar el debate sobre la determinación del órgano de control de la Constitución: 2.- Como cuestión de orden, fue aceptado por consenso el planteamiento del señor presidente en el sentido de discutir y aprobar, en primer lugar, los artículos relativos a la clasificación de las acciones de garantías, y reservar para el final del Capítulo la determinación del órgano (Tribunal Constitucional o Sala Especial de la Corte Suprema) competente para conocer y resolver tales acciones. Luego de la intervención de Manuel Aguirre Roca, el presidente de la Comisión de Constitución moderó su posición inicial de entregar el control constitucional solo al Poder Judicial y aceptó la posibilidad de restituir el Tribunal Constitucional. Al día siguiente, en la 43.^a sesión del martes 13 de abril de 1993, bajo la presidencia del señor Carlos Torres y Torres Lara, se escuchó, en calidad de invitado, al constitucionalista y profesor universitario, Domingo García Belaunde, quien se pronunció también por la conveniencia de mantener el Tribunal Constitucional: Manifestó el señor GARCÍA BELAUNDE su inclinación por la existencia de un

Tribunal Constitucional como órgano de Control de las Garantías Constitucionales, porque consideraba al Poder Judicial un órgano jurisdiccional, cuyo deber primordial es conservar el orden jurídico, en tanto que, el control constitucional era de naturaleza política en el más amplio sentido de la palabra. Ese mismo día, martes 13 de abril de 1993, por la noche, bajo la presidencia del señor Carlos Torres y Torres Lara, se inició el debate de una nueva propuesta sobre Garantías Constitucionales presentada por la Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90 y el Movimiento Renovación, referida a la determinación y atribución de la Sala Constitucional como órgano de control constitucional. Solo un día después que el presidente de la Comisión de Constitución, Carlos Torres y Torres Lara, aceptó la posibilidad de restituir el Tribunal Constitucional, y a pesar de las opiniones de los expertos –Aguirre Roca y García Belaunde–, la mayoría del CCD insistió en su posición inicial de entregar el control de constitucionalidad al Poder Judicial. Incluso debe destacarse que, ante la propuesta de que la Sala Constitucional fuera el intérprete supremo de la Constitución, por parte de un miembro de la propia bancada oficialista, los miembros de la Comisión la rechazaron. En aquella época, no era aceptable dicho supuesto, pues para los congresistas el Congreso de la República era el intérprete supremo.

Tuvieron que pasar cerca de once años para que, en julio del año 2004, la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional (LOTIC) estableciera que el Tribunal es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. En la misma sesión, el congresista Henry Pease García, del Movimiento Democrático de Izquierda, propuso adicionar como atribución de la Sala Constitucional lo siguiente: Conocer los conflictos sobre competencias o atribuciones asignadas por la Constitución, que se susciten entre los órganos constitucionales del Estado, así como

los que se presenten entre los gobiernos regionales y locales, o los de estos entre sí. Tal propuesta quedó sujeta a una posterior revisión del texto aprobado, la cual fue incorporada al texto constitucional de 1993 como conflicto de competencia.

De otro lado, debe destacarse que, en esta sesión, se aprobó que la Sala Constitucional sea la encargada del control constitucional

Dos meses después de la sesión, donde se aprobó que la Sala Constitucional fuera el órgano de control de la Constitución, en la 76.^a sesión del miércoles 23 de junio de 1993, bajo la presidencia del señor Carlos Torres y Torres Lara, el congresista Carlos Ferrero sugirió que, para precisar la competencia de la Sala Constitucional, se añadan dos incisos al artículo referido a las competencias de la Sala. El mismo día por la noche, se aprobó la modificación. El nuevo artículo adicionó, como atribución de la Sala Constitucional, conocer de los procesos de acción popular y de las contiendas de competencia –propuesta de Henry Pease. Puede apreciarse que la fórmula normativa de la Comisión de Constitución del CCD entregaba a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República el control de constitucionalidad de las leyes y la casación de las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de habeas corpus, habeas data, amparo, y acción de cumplimiento, entre las principales competencias. (Morales, 2014)

- **El debate sobre el Tribunal Constitucional en el pleno del Congreso Constituyente Democrático de 1993**

Un mes después de presentado el dictamen de mayoría de la Comisión de Constitución, ocurrió algo muy interesante, pues el presidente de la Comisión de Constitución, el Dr. Carlos Torres y Torres Lara, anunció, ante el pleno del CCD, el cambio de postura

de la mayoría y su disposición de restituir el Tribunal Constitucional.

El presidente de la Comisión de Constitución del CCD hizo una revelación importante pues reconoció el peso de la opinión de los especialistas en el sentido que no se debía eliminar al Tribunal Constitucional. Su postura fue respaldada por el congresista Carlos Ferrero, quien fue el único miembro de la mayoría que, a nivel de la Comisión, insistía en reinstaurar el TC. Según lo manifestado por Carlos Ferrero, se concluye que, durante el mes y días que media entre la presentación del dictamen de la comisión en mayoría al pleno del CCD, los líderes de la bancada mayoritaria en el debate constitucional, Torres y Torres Lara y Ferrero, fueron persuadidos de la pertinencia de mantener el Tribunal Constitucional. Este hecho no deja de ser positivo, pues gracias a la posición permeable de ambos políticos se logró que hoy el Perú tenga un Tribunal Constitucional. Igualmente, debe destacarse el argumento según el cual un tribunal independiente podría efectuar mejor la competencia de control de la constitucionalidad de las leyes.

Finalizada la discusión en el pleno del CCD, en la 29.^a L-1 sesión vespertina del jueves, 12 de agosto de 1993, bajo la presidencia del señor Jaime Yoshiyama y de la señora Luz Salgado de Rubianes Paredes, se aprobó el texto de los artículos correspondientes al Título V, sobre garantías constitucionales: Título V Garantías Constitucionales [...] Artículo 220.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros. Son elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional se exige los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Le alcanzan las mismas incompatibilidades. Gozan de la misma inmunidad y prerrogativa que los congresistas.

Son irrelegibles en forma inmediata en sus cargos. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República en elección con el voto favorable de por lo menos dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal constitucional los jueces o fiscales si no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Artículo 221.- Corresponde al Tribunal Constitucional: 1.- Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2.- Conocer, en última instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. 3.- Conocer los conflictos de competencias o atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley. [...]. (Morales, 2014)

1.2. Organización

1.2.1. El órgano jurisdiccional

A. Los magistrados: estatuto, nombramiento y renovación

El artículo 201. ° de la Constitución peruana de 1993 regula el Estatuto de los magistrados del Tribunal Constitucional, y los artículos del 8. ° al 19. ° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo desarrollan. A partir de las normas citadas se efectuará el siguiente análisis.

El artículo constitucional mencionado establece que el TC se compone de siete miembros elegidos por el Congreso de la República, por cinco años, sin reelección inmediata. Lo que supone que un magistrado puede volver a ser elegido luego de transcurridos cinco años desde que deja el cargo, situación que hasta el momento no ha sucedido en el Perú. El artículo 8. ° de la LOTC les otorga el título de magistrados del Tribunal Constitucional.

En esa línea, debe destacarse que la jurisprudencia del TC ha consagrado que el pleno del TC (siete magistrados), y no las salas del TC (tres magistrados), sea el que juzgue en última instancia las demandas de amparo o habeas corpus, contra las resoluciones de las diferentes salas de la Corte Suprema de la República, que son denegadas por las salas civiles, penales o constitucionales de las cortes superiores. En relación a la duración del mandato de los magistrados, debe recordarse que los constituyentes de 1993, al principio, eran reacios a reinstaurar el Tribunal Constitucional. Consideraban que tenía mucho poder, razón por la cual, cuando aceptaron reinstaurar el TC, decidieron que sus magistrados tendrían un mandato similar al de los congresistas, de cinco años, sin derecho a reelección con el fin de restringir dicho poder. Sin embargo, el actual mandato no es suficiente para un adecuado ejercicio de la función, pues la tarea de un tribunal constitucional requiere estabilidad y períodos largos para consolidar la jurisprudencia constitucional.

La misma disposición (art. 201. ° de la Constitución) establece que no pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación. Esta norma impide que magistrados en actividad del Poder Judicial o del Ministerio Público sean magistrados del TC.²³⁸ La norma exige la renuncia al puesto. Es muy difícil que un magistrado de carrera deje su puesto para tentar ser elegido por el Congreso de la República en una elección política. Hasta ahora no se ha presentado el caso. Cosa distinta ocurre en España, donde los jueces y fiscales

electos pasan a la situación de servicios especiales que, en el caso de Perú, sería la licencia.

B. El pleno del Tribunal Constitucional

El pleno es la reunión de los siete magistrados del Tribunal Constitucional del Perú. Se reúne en sesiones reservadas, que son cerradas al público,²⁶⁶ para tratar asuntos jurisdiccionales o asuntos administrativos, y en audiencia pública, abierta al público, para escuchar a los abogados de las partes en los procesos constitucionales que son de competencia del pleno. Es preciso tener en cuenta que también existen dos salas jurisdiccionales integradas por tres magistrados cada una para resolver procesos constitucionales de la libertad. Conforme al artículo 27.º del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (RNTC), el pleno es el máximo órgano de gobierno del Tribunal Constitucional. Está integrado por todos los magistrados. Lo preside, valga la redundancia, el presidente del Tribunal; en su defecto, el vicepresidente, y, a falta de ambos, el magistrado al que le corresponde la precedencia según el artículo 9.º del mencionado reglamento.

C. Plenos jurisdiccionales

Las sesiones de plenos jurisdiccionales sirven para deliberar acerca de los procesos constitucionales que son competencia del Tribunal Constitucional y de todos los aspectos procesales derivados de los casos que son sometidos a su conocimiento, evaluación, votación y resolución. Dichas sesiones son válidas cuando cuentan con el quorum de ley y se desarrollan en la sala de

sesiones del pleno, especialmente acondicionada para los debates.

D. Plenos administrativos

El pleno de magistrados se reúne en sesión reservada, cerrada al público, para deliberar asuntos administrativos y de gobierno. Conforme al artículo 42. ° del RNTC, para las decisiones administrativas, los acuerdos se dan por mayoría simple de votos y, en caso de empate, el presidente tiene voto dirimente.

E. Las salas

De conformidad con el artículo 5. ° de la LOTC, para conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de acciones de amparo, habeas corpus, habeas data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el Tribunal está constituido por dos salas, con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes.

F. El presidente del Tribunal Constitucional

El artículo 7. ° de la LOTC indica que el presidente representa al Tribunal Constitucional. Lo convoca y preside, adopta las medidas para su funcionamiento, comunica al Congreso las vacantes y ejerce las demás atribuciones que le señalan la LOTC y su reglamento. El artículo 23. ° del RNTC señala que el presidente es la máxima autoridad administrativa. La responsabilidad que conlleva el ejercicio de la presidencia es muy alta, pues el presidente dirige y conduce el pleno de magistrados, y de sus aciertos depende la buena marcha del Tribunal.

G. El vicepresidente

La figura del vicepresidente ha tenido un papel protagónico en el Tribunal Constitucional porque, en varios casos, quienes ocuparon tal puesto tuvieron que asumir la presidencia y, en otros casos, luego de ejercer la vicepresidencia, fueron electos presidentes. El vicepresidente es elegido por el mismo procedimiento establecido para elegir al presidente, dispuesto por el artículo 6. ° de la LOTC. Conforme al mismo artículo, corresponde al vicepresidente sustituir al presidente en caso de ausencia temporal u otro impedimento. En caso de vacancia, el vicepresidente concluye el período del presidente. Para este último caso, en defecto del vicepresidente, el magistrado más antiguo en el cargo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad lo sustituye en caso de ausencia temporal u otro impedimento.

H. Los órganos de apoyo jurisdiccional

Los órganos de apoyo jurisdiccional de los magistrados son: la Secretaría General, la Secretaría Relatoría, las secretarías de sala, el Gabinete de Asesores, el Centro de Estudios Constitucionales y todo el personal que trabaja en dichas dependencias. A lo largo de los años, el TC ha crecido en función de la carga de trabajo. Por ejemplo, hasta el año 2002, el pleno evaluaba todos los casos y solo existía el secretario relator. A partir del 2002, se crearon dos salas con sus respectivos secretarios. El Gabinete de Asesores creció notablemente y, en el 2004, se creó el Centro de Estudios Constitucionales.

I. Las secretarías

- **La Secretaría General**

El secretario general es el primer funcionario del Tribunal Constitucional después de los magistrados. Supervisa el área jurisdiccional: Secretaría Relatoría y Gabinete de Asesores, y dirige el área administrativa. Dependen de él funcionalmente para el trabajo diario del TC el secretario relator, el coordinador general del Gabinete de Asesores y el director general de Administración. Es, en rigor, coordinador general de todos los funcionarios de los ámbitos jurisdiccional y administrativo del TC.

- **La Secretaría Relatoría**

El secretario relator es el asesor del pleno en materia procesal y también asiste a las sesiones del pleno con voz, pero sin voto. Su certificación de las firmas de los magistrados es previa a la publicación de las resoluciones y sentencias. Es el último filtro y a veces detecta errores materiales o de fondo que no han advertido ni los magistrados ni los asesores jurisdiccionales, de ahí la importancia de su tarea. Dirige la Secretaría Relatoría, oficina que se encarga de los trámites procesales de los casos que conoce el TC. Dirige y coordina el trabajo de los secretarios de sala. Supervisa la preparación de las versiones preliminares y finales de las resoluciones y sentencias de los casos. Recaba las rúbricas y las firmas finales de los magistrados.

- **Las secretarías de salas**

Los secretarios de las salas primera y segunda, y su personal, prestan apoyo a los magistrados que integran cada sala, y preparan las versiones preliminares y finales de los proyectos de resoluciones y sentencias de las salas. Asimismo, recaban las rúbricas y firmas de los magistrados. Despachan con los presidentes de las salas los proveídos y las incidencias procesales. Acompañan a la respectiva sala en las audiencias públicas en Lima, Arequipa o cualquier otra región del Perú.

J. El Gabinete de Asesores

En 1996, cuando el TC entró en funciones, los asesores jurisdiccionales eran 14. Hasta mayo de 2014, después de 16 años de funcionamiento, llegaban a 55 asesores. El artículo 21.º de la LOTC dispone: «El Tribunal cuenta con un gabinete de asesores especializados integrado por abogados seleccionados mediante concurso público por un plazo de tres (3) años y que se ajusta a las reglas que señale el reglamento».

- **El coordinador general del Gabinete de Asesores**

Con el crecimiento del número de asesores jurisdiccionales y la creación de las comisiones de trabajo especializado, la presidencia de Víctor García Toma decidió crear la función de coordinador general del Gabinete de Asesores. En algunos casos, fue nombrado directamente por el presidente, dando cuenta al pleno y, en otros casos, fue nombrado por el pleno. Dicho puesto funcionó desde el año 2006 hasta el año 2008. Durante la

presidencia de Juan Vergara Gotelli, se decidió no nombrar a dicho funcionario y sus funciones fueron asumidas por el secretario general como era hasta antes de 2006. En junio de 2010, el presidente, Carlos Mesía Ramírez, volvió a nombrar a un coordinador del Gabinete de Asesores y dispuso que también participe en las sesiones de pleno, decisión que se mantiene hasta hoy.

- **Los asesores jurisdiccionales** Como ya se mencionó, hasta mayo de 2014 eran alrededor de 55 asesores jurisdiccionales agrupados en cuatro escalas salariales descendentes: los asesores de magistrados (13), asesores jurisdiccionales (9), especialistas jurisdiccionales II (11) y especialistas jurisdiccionales I (22). Todos ellos han ingresado por concurso público de méritos y tienen contratos laborales indeterminados bajo el régimen laboral de la actividad privada. Los perfiles y edades de los asesores jurisdiccionales varían. En cuanto a la experiencia profesional, algunos han tenido una experiencia previa en el Derecho y otros, como la mayoría de los especialistas I (13), fueron practicantes del Tribunal Constitucional y luego asesores jurisdiccionales. Del mismo modo, en relación a los años de servicios, una muestra nos arroja que se tienen ocho asesores con 17 años de servicios, 13 asesores con 10 años; 18 asesores con siete años, y el resto de asesores con menos de cinco años.
- **Las comisiones de trabajo**

Desde 1996 hasta el 2004, los asesores jurisdiccionales, agrupados en el Gabinete de Asesores, colaboraban con los magistrados en la resolución de los casos a través de la preparación de los proyectos de sentencias y resoluciones sin un criterio de especialidad; es decir, un asesor cualquiera debía estar capacitado para evaluar todos los tipos de procesos constitucionales.

k. El Centro de Estudios Constitucionales (CEC)

Cuando se instauró el Tribunal Constitucional en el año 1996, estando vigente la Ley N.º 26435, antigua LOTC, no se previó que el TC cuente con un centro de estudios. Siguiendo una recomendación de la Misión para el Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú del Programa de las Naciones Unidas (PNUD) del año 2002, la Ley N.º 28301 de 2004, nueva LOTC, creará el Centro de Estudios Constitucionales.³¹⁴ En enero de 2005, el pleno del TC aprobó el Reglamento Normativo del Centro de Estudios Constitucionales.

- **El director general**

El artículo 69.º del RNTC establece que el director general podrá ser un magistrado o exmagistrado del Tribunal Constitucional elegido por dos años. Por su parte, el artículo 6.º del Reglamento del CEC señala que la dirección general es el órgano rector del mismo y está a cargo de un director general elegido entre los miembros del TC por un período de dos años, pudiendo ser reelegido por un año más. Hasta

la fecha, el pleno del TC sólo ha elegido como directores generales a magistrados en funciones. Nada impide que se pueda elegir a un exmagistrado, como lo permite el RNTC, con la ventaja que los magistrados con mandato vigente se concentrarían sólo en la labor jurisdiccional. La tradición ha sido que generalmente se elija a un magistrado con experiencia académica.

- **El funcionariado**

Para el adecuado funcionamiento del Centro, el Reglamento del CEC diseña una estructura orgánica básica que, lamentablemente, después de nueve años de funcionamiento, no se ha podido implementar en su totalidad. En un primer momento (2005), debido a la excesiva carga procesal que tenía prioridad y debía ser afrontada inmediatamente, razón por la cual, los recursos presupuestarios y humanos se destinaban a dicha tarea. Posteriormente, el pleno no ha optado por implementar en su totalidad la estructura orgánica del CEC a fin de potenciar sus actividades.

1.3. Funciones

La función o tarea del Tribunal Constitucional está contemplada en el artículo 201. ° de la Constitución que establece: «El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución». Esta disposición se complementa con otra función no menos importante que le es asignada por el artículo 1. ° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad». La función de

interpretar la Constitución se materializa a través de las competencias que le asigna el artículo 202. ° de la Constitución. El Tribunal Constitucional desarrolla la función de interpretar la Constitución y controlar la constitucionalidad

- ***Intérprete de la Constitución***

(Wróblesky, 1985) afirma: La interpretación constitucional aparece como un caso especial de la interpretación legal. La teoría general de la interpretación legal cubre también la interpretación constitucional, aunque hay rasgos especiales de esta última conectada con las particularidades del papel de la Constitución en el sistema jurídico, con el de su aplicación y con el de su organización institucional. En la misma línea de reconocer características especiales a la interpretación constitucional.

(Hesse, 1984) indica: Para el Derecho constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas. Importancia que aumenta, si cabe, en un orden constitucional dotado de jurisdicción constitucional de amplias proporciones, como lo es la de la Ley Fundamental.

- ***Garante de la Constitución y del sistema constitucional***

La democracia contemporánea se fundamenta, entre otros valores, en el respeto y cumplimiento de la Constitución. Ese principio está contenido en el artículo 38. ° de la Constitución Política del Perú que señala: «Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

(Carbonell, 2009) : *El Tribunal Constitucional del Perú debe garantizar y defender, junto al texto expreso de la Constitución, los elementos de apertura y cierre, los valores y principios constitucionales, así como la integración multinivel del ordenamiento en sus ámbitos local, regional, nacional, interamericano e internacional. Igualmente debe defender y garantizar el sistema de derechos humanos derivado de la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia que se integra a nuestro ordenamiento jurídico constitucional interno efectuando el control de convencionalidad.*

(Kelsen, 1988)

el Tribunal Constitucional tiene como función ser el garante de la Constitución y del sistema constitucional. Para llevar a cabo tal tarea, más amplia y compleja, el TC debería incorporar en su actividad diaria el esquema propuesto y, de esta manera, ampliar cualitativamente el ámbito de su actuación en un contexto de sistemas jurídicos complejos.

2. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

2.2. La administración pública

La Administración pública es entendida como toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles y roles o funciones en todos sus órganos o entidades. (Feirrer,1995)

2.3. El acto administrativo

El artículo 1° de la Ley N° 27444 refiere que son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de

derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. Conforme al artículo 8° de la Ley N° 27444, es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico. En ese sentido, todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda, conforme lo prescribe el artículo 9° del citado cuerpo legal.

2.4. Las resoluciones administrativas.

2.4.1. Resolución de Autoridad que no reconozca Superior Jerárquico

Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa(...)

228.2. Son actos que agotan la vía administrativa)

El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa. (...)

Una primera situación que determina el agotamiento de la vía administrativa se deriva de la particular estructura de la organización administrativa. Si la resolución proviene de una autoridad administrativa cuya organización administrativa no dota de instancia jerárquicamente superior, es obvio que

será su decisión administrativa la que agote la vía administrativa directamente. (Urbina, 2019)

2.4.2. Resolución Administrativa Expresa o Silencio Administrativo Producido en Segunda Instancia

Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa(...) 228.2. Son actos que agotan la vía administrativa:(...)

b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica. (Urbina, 2019)

2.4.3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA EXPRESA DE TERCERA INSTANCIA (RECURSO DE REVISIÓN)

Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa(...)

228.2. Son actos que agotan la vía administrativa:(...)

c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 218 de la presente Ley. (...).”.

El recurso de revisión es el medio impugnativo excepcional procedente contra actos administrativos firmes emanados de las entidades descentralizadas del poder, que es interpuesto ante una tercera autoridad gubernativa encargada de su tutela para que con criterio unificador revoque, modifique o sustituya el acto administrativo recurrido. Es oportuno denotar que su interposición no es optativa, sino que constituye un recurso indispensable para agotar la vía, cuando nos encontramos ante una estructura descentralizada sujeta aún a tutela estatal. Procede contra

actos administrativos firmes atendiendo al objetivo de continuar la verificación de la legalidad de las actuaciones de las autoridades subalternas. Su empleo se ubica con posterioridad a la apelación y siempre que tal instrucción y decisión hubiesen estado a cargo de funcionarios sujetos a tutela por otro estamento del poder público. (Urbina, 2019)

2.4.4. RESOLUCIÓN DE TRIBUNALES Y CONSEJOS ADMINISTRATIVOS REGIDOS POR LEYES ESPECIALES “

Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa(...)

228.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales”.

Existen organismos de conformación colegiada con facultad de decisión en última instancia administrativa sobre cuestiones contenciosas, y que en resguardo de su autonomía se encuentran sometidos exclusiva y directamente a un ulterior control jurisdiccional por parte del Poder Judicial. Tenemos, por ejemplo, el Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Tribunal Fiscal, Consejo de Minería, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, Tribunal Nacional del Deporte, Tribunal Registral, Consejo del Notariado (procedimiento disciplinario notarial), tribunales de los organismos reguladores (Sunnas, Osiptel, Osinergmin, Estiran, etc.), Tribunal de Cofepris, etc. (Urbina,2019)

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

1. MATERIALES:

1.1. Legislación:

- Libros sobre penal parte especial
- Revistas especializadas.
- Código Penal de 1991 y sus modificatorias.
- Constitución Política del Perú

1.2. Doctrina:

- Jurisprudencia nacional sobre el tema.

2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

2.1 Métodos Lógicos:

▪ Método Deductivo

Mediante este método, se pudo inferir los alcances jurídicos, respecto que, si este mecanismo permite la incorporación de nuevas actuaciones fiscales y miembros administrativos que administran justicia al tipo penal materia de investigación, no obstante, los mismos argumentos también puede utilizarse para tener un tipo penal a la vanguardia de las nuevas exigencias en la administración de justicia.

▪ Método Analítico- sintético:

Luego de hacer un minucioso análisis de la norma citada artículo 418 del código penal peruano, podremos hacer una síntesis de los alcances típicos que permitieron incorporar al tipo penal nuevos actos y sujetos procesales.

• Método Comparativo:

Dicho método permitió comparar el tratamiento jurídico que otros ordenamientos jurídicos han propuesto respecto del delito de prevaricato de manera dogmática.

2.2. Métodos Jurídicos:

- **Método Hermenéutico:**

Mediante este se hizo un análisis de las normas que se refieren al delito de prevaricato, así como de los alcances de la jurisprudencia y su fundamento para incorporar al delito antes mencionado nuevas formas de actos procesales fiscales y sujetos de administración de justicia.

- **Método Doctrinario:**

Este método referido básicamente al análisis de la dogmática, en las ciencias jurídicas específicamente las ideas de los juristas, fue de utilidad, para seleccionar información de autores, como el profesor Gálvez Villegas, García Cavero, entre otros; extrayendo las distintas posiciones referidas la finalidad de la reparación civil.

- **Método Dialectico:**

Este método permitió comprender las diferentes posiciones doctrinarias referidas, a la interposición de las nuevas formas de actos procesales fiscales y miembros administradores de justicia al delito de prevaricato.

3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

- **Fichaje:**

Con la finalidad de registrar los datos e información relevante sobre el tema en el instrumento ficha, organizando la información que sobre los materiales se obtenga. **El instrumento es la ficha.**

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Es necesario precisar que el delito de prevaricato en el Perú se encuentra regulado expresamente en el artículo 418 y tiene como únicos sujetos activos a los jueces y a los fiscales, esto es, solamente pueden cometer esta modalidad típica quienes ejerzan dentro del Ministerio Público una función fiscal como persecutores del delito o guardianes de la legalidad en otras áreas del derecho o quienes se encarguen de la decisión judicial, esto es, los jueces civiles, laborales, o penales ya sean unipersonales o colegiados; además también podrían cometer este delito los jueces de investigación preparatoria que son los que dirigen la etapa intermedia e intervienen dentro de la investigación preparatoria como jueces de garantías. También no se puede perder de vista que pueden ser sujetos activos de este delito los Jueces del Paz Letrados, quién la resuelven los casos penales referidos a faltas como infracciones menores a los delitos, y en los ámbitos civiles, de familia y laboral.

Ahora bien, con respecto a la conducta típica se tiene que afirmar necesariamente que el prevaricato constituye un tipo alternativo, compuesto o mixto, esto es, que existen varias conductas típicas que lo configuran; así tenemos que, se sanciona al juez o al fiscal que dicta o emite resolución o dictamen “contrarios al texto expreso y claro de la ley”, esta conducta sanciona tanto al fiscal como al juez que en el ejercicio de sus funciones pronuncian un dictamen para el primero o una resolución en el caso del segundo sujeto activo, siempre que sean “manifiestamente contrarios al texto expreso de la ley”; así por ejemplo, podrán cometer prevaricato aquellos jueces que emitan una resolución condenatoria por un delito de daños culposos que no se encuentran tipificada como delito en el Perú o cuando un fiscal requiere (dictamina) una acusación basándose en un tipo penal que no

existe como el adulterio, a este tipo de prevaricato se le conoce como “prevaricato de derecho”.

El mencionado arriba, no es el único supuesto de conducta prevaricadora, sino también, se configura esta conducta cuando se introducen medios probatorios inexistentes, acá se produce una falsedad sobre la existencia de aquellos medios probatorios que servirán para la decisión judicial, además también se da este supuesto cuando, tanto en la actividad fiscal como la judicial, el sustento fáctico de los pronunciamientos de ambos funcionarios tienen como fuente hechos que no han acaecido en la realidad o que han sido deformados del contexto real. Este es el denominado, “prevaricato de hecho”.

También la doctrina (Salinas, 2019) señala que existe el “prevaricato por insuficiencia normativa” -al que también podríamos incluir dentro del prevaricato de derecho según James Reátegui (2019) -y se configura cuando el juez o el fiscal, en su actuación procesal, sustentan sus decisiones o sus pronunciamientos en normas que se encuentran derogadas o en aquellas leyes o normas supuestas, esto es, que simplemente no tienen existencia en la realidad.

Las tres calses de prevaricato, que están abarcadas en todas estas conductas se tienen que realizar desde el dolo; pues se admite esta modalidad y no la modalidad culposa para la existencia del ilícito analizado (Peña Cabrera, 2017).

Doctrinariamente, el delito de prevaricato constituye un injusto penal que se sustenta en la lesión del correcto y buen funcionamiento de la administración de justicia, de tal forma que, constituye un tipo penal especial propio o también denominado “delito de infracción de deber”, por lo que, en todos los casos, será autor- únicamente- aquel juez o fiscal que realice la conducta típica descrita en los verbos rectores, independientemente de su contribución fáctica al hecho, ello en función a que, en los delitos de infracción de deber,

no se aplica la teoría del “dominio del hecho”o para establecer la autoría del Injusto penal, sino que, siempre tendrá la calidad de autor quien infracciona ese deber específico institucionalizado que tiene como origen o fuente la “administración de justicia”, esto es, es irrelevante que el actuar del juez o el fiscal haya sido de mera cooperación en el hecho, pues aún en este supuesto los sujetos activos antes mencionados (juez y fiscal) serán autores directos de tal ilícito, dejando la participación a quienes no tiene la especial cualidad que el tipo exige, así como tampoco el deber específico institucionalizado al que se ha hecho referencia.

Ahora bien, con respecto a los sujetos activos que pueden cometer este hecho delictivo; tenemos que en el Perú -de forma restringida - se ha señalado que únicamente pueden realizar esta conducta, en calidad de autores, quienes sean jueces y fiscales, con lo que, en función al principio legalidad - en su manifestación específica de ley estricta- no podrán ser considerados autores de este hecho ningún otro funcionario que no tenga la calidad antes descrita; por lo que, quedan fuera del alcance de este delito funcionarios de tipo administrativo e inclusive los Miembros del Tribunal Constitucional quienes no son jueces ni tampoco fiscales.

Además, de acuerdo los medios con los que se realiza el delito, es decir, aquellos actos procesales donde se puede plasmar este delito, no puede incurrir en prevaricato aquel juez o fiscal que emita su decisión o pronunciamiento en un documento que no sea una resolución o un dictamen, por lo cual, se entiende que los actos procesales emitidos por los fiscales en la actualidad en el ámbito del proceso penal acusatorio, quedarían fuera del alcance típico de este delito, ya que, en esta esfera del derecho, estos no emiten dictámenes sino “requerimientos, disposiciones y providencias”.

A pesar de lo advertido en el párrafo precedente, un sector de la doctrina en el Perú ha entendido, que si que lo que se busca es la protección de la correcta y adecuada administración de justicia entonces podría extenderse la aplicación de este delito a los Miembros del Tribunal Constitucional, habida cuenta que estos realizan también función resolutoria de causas en varias materias del derecho, pero en la justicia constitucional; esta afirmación la hace, por mencionar alguno, el profesor Peña Cabrera Freyre (2017); sin embargo, no ha tomado en cuenta el mencionado profesor nacional, que tal razonamiento es contrario al principio de legalidad en su manifestación de ley estricta, porque implica realizar una aplicación analógica en el ámbito penal lo cual constitucionalmente se encuentra proscrito.

En un sentido, creemos correcto, se manifiesta otro gran sector de la doctrina como el profesor Regategui Sánchez (2019) al establecer que la única forma para poder contener a los Miembros del Tribunal Constitucional y otros tribunales administrativos o inclusive arbitrales dentro de los alcances del tipo penal de prevaricato sería mediante una modificación de “lege ferenda”, debido a la imposibilidad de aplicación por analogía en materia penal para crear o extender los alcances de un tipo penal. Esta misma opinión tiene el profesor Salinas (2019), para quien -únicamente- pueden ser sujetos activos de este delito el juez y el fiscal, más no así ningún otro funcionario o servidor público estatal, dado que se trata de un tipo penal especial propio.

Cabe señalar aquí tiene evolución histórica del delito de prevaricato en el Perú nos da fuertemente la razón, en el sentido que el Código Penal de 1863 de fuerte influencia la legislación española - no olvidemos que el código penal de ese año en el Perú tiene como antecesor al código español de 1948 -en el artículo 170 establece varios supuestos de prevaricato pero teniendo como único sujeto activo al juez, esto es, a quien resuelve las causas en la justicia ordinaria. La norma señala que:

Art. 170.- Comete prevaricato:

“1.- El juez que expide sentencia definitiva manifiestamente injusta; 2.- El juez que conoce en causa que patrocinó como abogado; 3.- El juez que cita hechos o resoluciones falsas; 4.- El juez que se niega a juzgar, ley o pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley; 5.- El juez que se apoya en leyes supuestas o derogadas”

El artículo 354 del Código Penal de 1924 en su fórmula típica original, nuevamente tenía como únicamente como sujeto activo al juez, pues recordemos que la fiscalía - en ese entonces- no era una institución autónoma constitucionalmente. Es recién a partir del Decreto Legislativo N° 121 de junio de 1981 que se incluye como sujeto activo autor de este delito al fiscal, obviamente, siempre teniendo en cuenta que el medio para ejecutar este delito en caso de los fiscales era (como también lo es hoy) los dictámenes, que en ese tiempo eran emitidos por los fiscales en todas las materias y también en el ámbito penal. De lo dicho, se debe entender que los dictámenes constituían el medio de comisión del delito por parte de los fiscales y las resoluciones el medio para la realización de la conducta típica por parte de los jueces. El tipo penal reforma señalaba que:

Artículo 354°.- “El juez que dictara resoluciones o el fiscal que emitiera dictámenes manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley o que citara resoluciones o hechos falsos o que se apoyare en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación absoluta perpetua”.

“La misma pena será aplicada al funcionario o servidor público que incurriera en las mismas acciones en asunto administrativo”.

El artículo antes mencionado también establece que el delito de prevaricato tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público en asuntos administrativos, esto es, la disposición sustantiva extiende su ámbito de aplicación también al terreno del derecho administrativo a los funcionarios que

cometan las conductas descritas por el artículo 354. En ese supuesto, sí podrían ingresar funcionarios que impartan justicia en el ámbito administrativo, más no así a quienes en la actualidad desarrollan funciones como Miembro del Tribunal Constitucional.

Por último, el Código actual de 1991 restringió únicamente el prevaricato a los jueces y a los fiscales excluyendo del alcance típico a los funcionarios o servidores públicos que realicen tal conducta en el ámbito administrativo, con lo cual queda claro que este delito solo puede ser cometido por los jueces o los fiscales y no así por otros funcionarios administrativos o magistrados que administren justicia en materia constitucional que no sean jueces como miembros como los miembros del tribunal constitucional. Es por ello, que el legislador redujo los alcances típicos de este delito en el actual Código sustantivo.

Está claro entonces que si se hace un análisis histórico del delito de prevaricato, el legislador a tendido a restringir este tipo penal a la autoría únicamente de los jueces y los fiscales no pudiendo extenderse su contenido a otros tribunales administrativos o tribunales en materia constitucional, por cuanto, cuando así lo hubiera querido legislador lo hubiera señalado expresamente como lo hizo en el código de 1924, por tanto, entender que el prevaricato puede extenderse a los miembros del Tribunal Constitucional porque realizan administración de justicia en materia constitucional constituye un exceso y un atentado flagrante al principio legalidad específicamente al principio de “ley estricta”.

A nivel del derecho comparado también se puede reforzar la hipótesis que se ha planteado de que no es posible contener a los miembros del Tribunal Constitucional y tribunales administrativos como sujetos activos el delito de prevaricato, porque esto implicaría una infracción flagrante al principio de legalidad en su manifestación de ley estricta, tenemos por ejemplo el Código

Penal de **Costa Rica**, que en su Artículo 350 sí de forma expresa y extensa hace alusión que pueden ser sujetos activos de este delito **“cualquier funcionario judicial o administrativo”**. Si ello fuera así en nuestro país, no habría ningún problema en admitir que los Miembros del Tribunal constitucional y demás tribunales administrativos puedan cometer tal ilícito penal en calidad de autores, sin embargo, ello no es así, por lo tanto, se refuerza la idea base de que, en Perú, únicamente son sujetos activos de este delito el juez y el fiscal, más no así algún otro funcionario público ya sea que administren o no justicia. Si bien es cierto, se lesiona el bien jurídico administración de justicia, pero no se puede hacer un análisis del principio de lesividad destruyendo el principio de legalidad.

Cabe resaltar también la regulación consignada en el artículo 446 del **Código Penal español**, aquí también que se tiene como sujeto activo **“al juez o al magistrado”**, si ellos fuera así en el Perú, también se pudiera incluir a los miembros del Tribunal Constitucional ya que son magistrados encargados de impartir justicia, aunque, claro está, en el ámbito de la justicia constitucional más no así en la justicia ordinaria.

En **Colombia**, en su artículo 413 del catálogo penal se señala que este delito puede ser cometido inclusive **“por un servidor público”**; la extensión del tipo penal permite que, además del juez, un funcionario administrativo o un magistrado que no sea juez pueda estar dentro de los alcances de la conducta típica de prevaricato, ello no sucede en el Perú, por cuánto se reitera que, únicamente, pueden ser sujetos activos los jueces de la justicia ordinaria y los fiscales.

Es importante destacar lo que sucede en el artículo 223 del **Código Penal chileno**, aquí se tiene como sujetos activos a **“los tribunales de justicia colegiados y unipersonales y además también a los señores miembros del Ministerio Público”**, con lo cual si esta fuera la regulación contenida en

el Perú se admitiría que los miembros del Tribunal Constitucional puedan ser sujetos activos de este delito; sin embargo, ello no es así, por lo que quedan fuera del alcance, en la norma nacional peruana, los miembros del Tribunal Constitucional y los tribunales administrativos.

El artículo 305 del Código Penal de **Paraguay**, señala que son sujetos activos **“el juez el árbitro o cualquier otro funcionario”**; aquí también pudieran ingresar los funcionarios administrativos y los Magistrados del Tribunal Constitucional y obviamente los jueces y Fiscales. Esta prescripción es distinta a la peruana en la que se ha consignado- únicamente y exclusivamente- a los jueces y fiscales como sujetos activos de este delito mas no a otros magistrados asi admionistren jusiuticia constitucional otribunales de carácter administrativo.

Por otro lado, con respecto a los actos procesales del fiscal y del Juez en los que recae los actos prevaricadores se ha señalado que con relación a los jueces, son las resoluciones y con respecto a los fiscales, son los dictámenes; sin embargo, se sabe que desde la aplicación en el Perú -de forma gradual- del Código Procesal Penal de corte acusatorio- los fiscales según el artículo

122 de este norma adjetiva emiten: requerimientos, disposiciones y providencias, siendo decisivas las dos primeras, esto es, los requerimientos y las disposiciones, por ser la última de la mencionadas de mero trámite y no contener decisiones importantes en el ámbito fiscal; por tanto, es necesario actualizar este elemento típico para el caso de los fiscales penales, pues ellos ya no emiten dictámenes sino los actos procesales antes señalados, sin que esto implique que la palabra “dictamen” tenga que salir del contenido típico del artículo 418, por cuánto, este acto procesal aún se emite por parte de los fiscales pero en otras áreas del derecho a distintas al derecho penal.

La doctrina- en este punto- ha sido unánime en señalar que no se puede extender los alcances del prevaricato a los requerimientos y disposiciones, por cuanto la norma es expresa y únicamente se aplica a los dictámenes, añadiendo que hacerlo implicaría una aplicación analógica en el ámbito penal lo cual está prohibido no solamente en el ámbito legal (artículo III Título Preliminar del Código Penal), sino de orden constitucional (artículo 139 inciso9).

Dentro de esas voces doctrinarias, que defienden la postura aludida en el párrafo precedente, podemos citar al profesor Salinas Siccha (2019) para quien únicamente son medios por los cuales se puede cometer este delito en el ámbito fiscal los dictámenes quedando fuera de este espectro los requerimientos y las disposiciones; de igual parecer, el profesor Peña Cabrera (2017) para quien únicamente los dictámenes son los medios por los cuales se puede cometer tal ilícito; un poco más preocupado en el tema el profesor Reátegui Sánchez (2019) advierte que no podría configurar típicamente, en la actualidad, en el ámbito penal los requerimientos y las disposiciones como documentos con los cuales se puede cometer el delito de prevaricato conforme a los alcances típicos del artículo 418, pues entenderlo de otra manera implicaría una lesión al principio de legalidad en su manifestación de “ley estricta”

Lamentablemente, en sentido contrario a lo que apunta la doctrina nacional, llama poderosamente la atención que la Corte Suprema en la Casación 684- 2016 Huaura, haya señalado que se tiene que hacer una interpretación progresiva del prevaricato para que de esta manera se pueda entender que la disposición y el requerimiento tengan que ingresar dentro del concepto resolución y de esta forma se pueda aplicar el delito de prevaricato. Tal postura es inadmisibles, por cuanto, se sabe que los fiscales no emiten resoluciones, sino que este medio está reservado únicamente para los jueces estando reservado, en el caso de los fiscales: los dictámenes.

Si acudimos a una interpretación histórica del prevaricato entenderemos que las resoluciones únicamente están reservadas para los jueces y los dictámenes para el caso de los fiscales; pues si la conducta prevaricadora se comete por parte de un fiscal utilizando un requerimiento o una disposición ello no ingresará dentro de los alcances de “una resolución”.

Lo antes dicho, se evidencia claramente conforme al artículo **170 del Código de penal de 1863** que habla de medios como **“sentencias o como de resoluciones”** y únicamente pueden ser sujetos activos de estos actos procesales los jueces tal y como lo deja expresamente claro los cinco incisos del artículo 170 de la notado Código Penal. Asimismo, en el artículo 354 del Código Penal de 1924 se hace alusión a resoluciones cuando únicamente el sujeto que podía cometerlo es el juez, por lo cual se se sigue viendo de forma más que clara que cuando se habla de resoluciones implica un acto procesales que únicamente pueden emitir los jueces para la comisión de este delito cuando incurren en la conducta prevaricadoras.

Mas claro, se verifica lo señalado en el p+arrafo anterior cuando en el año 1981 se modifica el artículo 354 del Código Penal de 1924 y se incluye también al fiscal pero cuando aquel emite dictámenes, es tan claro el tipo penal que señala de forma expresa que: **“El juez que dictara resoluciones o el fiscal que emitiera dictámenes...”** con lo cual queda claro que no se puede incluir a los requerimientos y disposiciones dentro de los alcances de una resolución porque este medio está reservado únicamente a los jueces.

El término **“dictamen”**, se reserva exclusivamente para los fiscales con lo cual el análisis de la Corte Suprema en la casación antes aludida (684-2016 Huaura) es inexacto, desde el punto de vista de una interpretación histórica hecha del artículo 354 del Código Penal de 1924, además, tal regulación se mantiene en la actualidad, y con la claridad de que las resoluciones se refiere a los actos judiciales y los dictámenes a las actos procesales dictados por los

fiscales, por lo que es urgente y necesario -se repite enfáticamente- modificar los alcances del artículo 418 para que se ingrese dentro de su contexto típico tanto a los requerimientos y a las disposiciones, que son los medios por los cuales hoy actualmente en el ámbito del proceso penal los fiscales penales podrían cometer el delito de prevaricato.

Es tan claro que se deben incluir las disposiciones y requerimientos dentro de los alcances típicos de las conductas prevaricadoras del artículo 418 que el propio legislador ha intentado ya alguna vez (mediante Proyecto de Ley N° 1931/2012 CR) modificar expresamente el contenido en artículo 418 incluyendo dentro de su contenido a los requerimientos y disposiciones fiscales, sin embargo, dicho proyecto de ley no vió la luz, aun cuando es una urgencia esta modificación, porque no existe forma de aplicar, actualmente, a los requerimientos y disposiciones como instrumentos documentales procesales para la configuración de este delito.

Por último, resta señalar que, la interpretación que hace la Corte Suprema que las disposiciones y los requerimientos ingresan dentro del concepto resoluciones, aún cuando estas son reservados única y exclusivamente a los jueces, no solamente incurre en ese error, sino también en que, hace un análisis de la conducta, a partir de el principio de lesividad, señalando que la acción fiscal de cometer un acto prevaricador mediante una disposición o un requerimiento lesiona el adecuado y correcto funcionamiento de la administración de justicia; obvia hacer primero un análisis conforme al principio de legalidad y específicamente en la manifestación de “ley estricta”, generándose con ello una decisión o precedente muy riesgoso, que podría ser utilizado para extender o aplicar indebidamente otros tipos penales aún cuando los alcances típicos no lleguen a cubrir la conducta cometida por el autor o autores.

Por lo señalado, es necesario modificar el artículo 418 de la siguiente manera:

Artículo 418.- Prevaricato

“El Juez, el Fiscal, **miembro del Tribunal Constitucional y funcionario de tribunal administrativo**, que dicta resolución judicial o administrativa o emite dictamen, **disposición y requerimiento**; manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

1. El delito de prevaricato es un delito contra la administración de justicia regulado en el artículo 418 del Código Penal vigente, este delito es uno de infracción de deber que solo puede tener como sujetos activos a los jueces y fiscales, y como objetos material donde recae la conducta prevaricadora -de hecho o de derecho-a las resoluciones, en caso de los jueces, y los dictámenes, para el caso de los fiscales; sin embargo, a diferencia de lo que sucedía en el Código de 1924 no sanciona a los funcionarios públicos de organismos administrativos, ni a quienes administren justicia en otros ámbitos como el constitucional.
2. En el ámbito del derecho comparado encontramos a países como Paraguay o Costa Rica donde el sujeto activo puede ser cualquier funcionario público que cometa conductas en contra de la administración de justicia; o como Colombia donde es el servidor público quien puede ser autor de este delito, o como el caso Chileno que hace referencia a miembros de Tribunales de justicia, en un sentido menos lato en España donde el sujeto agente de este delito puede ser un magistrado; lo cual no sucede en el Perú donde por imperio del principio de legalidad solo el fiscal y el juez puede ser autores de este delito, a pesar que en el Perú los tribunales administrativos también resuelven cuestiones que implican derecho de los administrados y que debieran ser sujetos agentes de este delito, como sucede en los países que se han analizado.
3. Es vulneratorio del principio de legalidad interpretar que los miembros del Tribunal Constitucional en función de su tarea de administrar justicia y en virtud a que constituye el máximo ente de justicia constitucional e intérprete supremo de las constitución y las normas en el Perú, puedan ser

considerados como autores de este delito, pues no se desconoce su importante función, sin embargo, no tienen calidad de jueces ni fiscales, de ahí que más bien, esa alta función que cumple dentro de la justicia en el país obliga a que se incluya a los tribunales como sujetos activos de este delito.

4. La conducta prevaricadora, según la redacción actual del tipo de prevaricato, recae sobre resoluciones y dictámenes, sin embargo, no señala expresamente a las disposiciones y requerimientos que a la luz del nuevo código procesal penal son los actos que emiten los fiscales, pretender hacer una interpretación para incluir a estos últimos como de cierta forma lo hace la casación 684-2016 Huaura, constituye un atentado flagrante al principio de prohibición de aplicación de la analogía in malam partem, siendo necesario como se intentó como el proyecto de Ley N° 1931-2012 CR que fue archivado.

CAPÍTULO VI

RECOMENDACIÓN

Se recomienda al legislador penal que modifique el artículo 418 del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 418.- Prevaricato

“El Juez, el Fiscal, **miembro del Tribunal Constitucional y funcionario de tribunal administrativo**, que dicta resolución judicial o administrativa o emite dictamen, **disposición y requerimiento**; manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”

BIBLIOGRAFÍA

- Alberto, B. (2002). *Iniciación al procesal penal acusatorio* . lima: Alternativa.
- Alvarez, J. B. (2016). *Adminsitración de Justicia* . Lima: Gaceta Juridica.
- Arbulú, V. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. lima: Gaceta Jurídica.,
- Armaza Galdos, J., & Toya, Z. (1999). *Sala Mixta de camana de la corte superior de Justicia de Arequipa del 21 de octubre de 1998*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Armenta, T. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*,. Madrid- España.: Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho penal* . Lima: Aras.
- Bacigalupo, E. (2005). *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi. Bustos, J. (2004). *Derecho penal, parte general*). Lima: ARA.
- Calmet, A. (2004). *Glosario de Términos Jurídicos*. Perú: Editorial universitaria.
- Carbonell, R. (2009). *Derecho democrático* . Lima: 2009.
- Elguera, T. (2005). *Induccion al nuevo proceso penal*. Lima: IDEMSA.
- Espinoza Ramos, B. (2011). *"Entre aplicar el control difuso y prevaricar"*. Lima:Gaceta Penal.
- Feirrerera, F. (1995). *Delitos contra la administración pu ´blica*. Bogota: Temis}. Frisancho, M. (2000). *Delitos contra la adminsitración de justifia*. Lima: Jurista Editores.
- Frisancho, M. (2014). *Delitos contr la Administración de Justicia*. Lima: Ediciones Legales.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal - Parte general* . Lima: Jurista Editores.
- Gimeno, V. (2003). *Lecciones de Derecho Procesal Penal.2a edición*. Madrid-España: Edición Madrid.
- Hesse, K. (1984). *«Interpretación constitucional», en: Escritos de Derecho Constitucional"*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales.
- Jakobs, G. (2010). *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas.
- Kelsen, H. (1988). *«La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»*. Madrid: Editorial Debate.

- Lara, M. J. (2010). *Apuntes del derecho Penal* . Lima.
- LLorente, A. (1998). *Delitos contra la administracion publica*. Barcelona: Bosh. Morales,
- F. (2014). *El tribunal constitucional del Perú*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Morón, J. (1999). *Derecho Procesal Administrativo*. lima: Rodhas.
- Nakazaki, C. (2013). *Los delitos contra la administracion publica de jurisprudencia*. Lima: Gaceta juridica.
- Omar, D. s. (2006). *Importancia de la aplicacion de la etapa intermedia en el proceso penal*. lima: Gaceta juridica.
- orbaneja, G. (1950). *“la prueba preconstituída”*. Madrid : Centro de estudiosjudiciales .
- Oré, A. (2016). *Derecho Procesal Penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pedro, F. (1999). *Diccionario Jurídico Fundamental*. . lima: Rodhas.
- Peña C., A. (2018). *Derecho penal parte general,*. Lima: Legales.
- Peña, a. (2010). *exegesis del nuevo codigo procesal penal*. Lima: Idemsa. Peña,
- A. (2018). *Delito de prevaricato en el codigo penal* . Lima: Legales. Percy, G.
- (2008). *Lecciones de Derecho Penal - Parte general*. Lima: Grijley.
- Polaino Navarrete, m., & Polaino Ortis, M. (2004). *Derecho Penal moderno bases dogmaticas* . Lima: Modernas base se dogmaticas .
- Prado Saldarriaga, v. (1999). *Ejecutoria Suprema de 27/5/98*. Lima: PalestraEditores .
- Prado, V. (2017). *Derecho penal parte especial*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Reategui Sanchez, J. (2010). *Estudios de derecho penal parte especial*. Lima: Gaceta Juridica.
- Rojas Vargas, F. (1999). *Ejecutoria suprema 5/9/96*. Lima: Gaceta Juridica.
- Rojas Vargas, F. (2016). *Código Penal*. Lima: RZ Editores.
- Salas, C. (2014). *El Proceso Penal Comun*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.San
- Martín, C. (1999). *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley.
- Terreros, F. A. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley.
- Urbina, J. C. (2019). *Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Juridica.

Wróblesky, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*,
Madrid: Civitas.