

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**



**“EL PREVARICATO EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA
Y EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE:
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR
EMILSON JHONATHAN ARGUETA
LESLI RAQUEL CRUZ GRANADA
LILIANA YAMILETH ORDOÑEZ CASTELLÓN**

**SEPTIEMBRE DE 2012
CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN MIGUEL, EL SALVADOR, C. A.**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES

**ING. MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR**

**MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICA**

**LIC. SALVADOR CASTILLO AREVALO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO INTERNO**

**DRA. ANA LETICIA DE ZA VALETA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL**

**LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**

AUTORIDADES

**LIC. CRISTOBAL HERNAN RIOS BENITEZ
DECANO**

**LIC. CARLOS ALEXANDER DIAZ
VICE-DECANO**

**LIC. JORGE ALBERTO ORTEZ HERNANDEZ
SECRETARIO GENERAL**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

AUTORIDADES

**LIC. FERNANDO PINEDA PASTOR
JEFE DEL DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES**

**LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA
COORDINADOR GENERAL PROCESO DE GRADUACIÓN AÑO 2012**

**LIC. CARLOS SOLÓRZANO TREJO
DIRECTOR DE CONTENIDO**

**LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA
DIRECTOR DE METODOLOGÍA**

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODOPODEROSO

Le agradezco de todo corazón por haberme brindado a mi madre que sin su ayuda no habría sido posible este triunfo Infinitas gracias a Dios Todopoderoso por haberme dado la sabiduría y el entendimiento a lo largo de mi carrera por llegar al final de mi carrera, por abastecer de todo lo necesario para salir adelante y por todo lo que me ha dado.

Por ser mi creador, el motor de mi vida, por no haber dejado que me rinda en ningún momento e iluminarme para salir adelante, porque todo lo que tengo, lo que puedo y lo que recibo es regalo que él me ha dado.

A MI MADRE

Mil gracias por apoyarme incondicionalmente en el transcurso de my vida que me brindo por todos los sacrificios que hizo a lo largo de mi carrera, así como su comprensión y paciencia en momentos difíciles que tuvimos.

A MI TIA

Por todo el apoyo brindado, por su comprensión y cariño por ser una madre para mí y apoyarme en cada momento de mi vida

A MI DISTINGUIDO ASESOR DE TESIS Y MAESTRO

Mis agradecimientos a Lic. Carlos Solórzano Trejo Gómez por sus consejos por su manera de enseñar a vivir por inculcarme valores y brindarme su sabiduría por su desinteresada y generosa labor de transmisión del saber su inagotable entusiasmo y sus sugerencias

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS

Porque a pesar de todos los momentos difíciles que tuvimos pudimos salir adelante con nuestros trabajo, por su paciencia, comprensión y cariño lesli y Liliana un reconocimiento especial para ellas porque sin su ayuda no hubiera podido llevar acabo mis aspiraciones por su apoyo incondicional y desinteresada.

A TODA MI FAMILIA

Ya que estuvieron apoyándome a lo largo de mi carrera y dándome fuerzas para seguir adelante.

A MIS EX COMPAÑEROS Y AMIGOS

Por todo su apoyo, cariño, comprensión y la paciencia que me tuvieron en los momentos más difíciles y estar pendientes de mí.

Emilson Jhonathan Argueta

A Dios todopoderoso, por ser mi guía, guarda, protector, fortaleza y apoyo incondicional a lo largo de mi vida y por su gracia, sabiduría y bondad en este proceso de formación académica.

A mis padres: José Roberto Cruz y Delma Ercilia Granada de Cruz por darme todo su amor, apoyo, consejos y ser inspiración en mi vida.

A mis hermanos: Marta Margarita y José Roberto, quienes me brindaron todo su apoyo y cariño.

A mis abuelos: Juana Granada vda. de Granada, Marina Cruz y Gilberto Salgado Q.D.D.G. por todo su amor.

A mi abuelo: José Amadeo Granada Hernández Q.D.D.G. por constituirse en una de las mayores inspiraciones que he tenido en la vida, por instruirme en la fé, por brindarme todo su amor y sabiduría...

A mi sobrino: David Alejandro, quien con su dulzura lleno de bellos momentos este proceso.

Al asesor de contenido: Lic. Carlos Solórzano Trejo-Gómez, quien con su don de enseñanza me disciplino, brindo todo su apoyo, tiempo y sabiduría.

A mis amigos: Liliana Yamileth, Florida Isabel, Laura María y Rosa Yaneth, Iris Yamileth, Betsaida Georgina, Guadalupe de los Angeles, Sonia Etelvina, Ricardo Antonio, Carlos Mauricio, Hermes David, Roberto Carlos y Troy por su cariño, comprensión y ayuda.

A las familias: Granada-Linares, Granada-Gómez y Ordoñez-Castellón por sus buenos deseos, cariño e infinito apoyo.

A la parroquia San Simón Apóstol, Renovación Carismática Católica y a los sacerdotes por llevarme en oración y brindarme consejos.

Lesli Raquel Cruz Granada

A Dios Todopoderoso y a la Virgen Santísima...

A mis padres: José Rigoberto Ordóñez Garay y Ana Delia Castellón de Ordóñez...

A mis hermanos: Cristian Alexis, Fátima Azucena, y Daniela María...

A mis abuelitas: Vilma Isabel Garay y Felicita Castellón -Q.D.D.G-...

A mi bisabuela: Mercedes Garay...

A mis tíos: Carlos Hernández y Cruz Castellón...

A mis primos: Wilber Palacios, Sandra Prudencio, Manolo Ayala y muy especialmente a Elsy Rivera...

A mi maestro y asesor de contenido: Lic. Carlos Solórzano Trejo-Gómez...

A mi amiga y compañera de tesis Lesli Raquel Cruz Granada...

Al mejor de los mejores amigos: Gerardo Antonio Fuentes Orellana...

A los hermanos incondicionales que la vida me ha otorgado: Krissia Vanegas, Oscar Hernández, Florida Lazo, Marleni Portillo, y Caleb Navarro...

A mis amigos: Laura Córdova, Hermes Villatoro, David Molina, Milton Fuentes, Francisco Márquez, Mauricio Chicas, Francisco Trejo, Edwin Reyes, Eduardo Segovia., Cesia Mejía, Glenda Guzman, Marilú Milena, Iris Vásquez, Yaneth Pineda, Flora Vanegas., Ricardo Rosa, Wendy Romero y Loida Zelaya.

A las Familias: Palacios-Castellón, Aragón-Miranda Cruz-Granada y Fuentes-Orellana...

A mis amigos y compañeros de Promoción...

A todos los que contribuyeron directa e indirectamente en la consecución de este triunfo.

Liliana Yamileth Ordóñez Castellón

ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

PARTE I

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Situación Problemática.....	1
1.1.1 Enunciado del Problema.....	5
1.2 Justificación de la Investigación.....	6
1.3 Objetivos de la Investigación	9
1.3.1 Objetivos Generales	9
1.3.2 Objetivos Específicos	9
1.4 Alcances de la Investigación.....	10
1.4.1 Alcance Doctrinal.....	10
1.4.2 Alcance Jurídico.....	14
1.4.3 Alcance Teórico.....	17
1.4.4 Alcance Temporal.....	18
1.4.5 Alcance Espacial.....	18

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1 Base Histórica-Doctrinal.....	21
2.1.1 Prehistoria.....	21
2.1.2 Edad Antigua– Año 3500 a.C. hasta el 476 d.C.-.....	22
2.1.2.1 Mesopotamia	22
2.1.2.2 Derecho Hebreo	24

2.1.2.3	Derecho Romano	27
2.1.3	Edad Media -Siglos V-XV.....	29
2.1.3.1	Derecho Canónico.....	29
2.1.3.2	Fuero Juzgo	30
2.1.3.3	Fuero Real.....	31
2.1.3.4	Las Siete Partidas	33
2.1.4	Edad Moderna -Del Siglo XV al XVIII-.....	34
2.1.5	Edad Contemporánea -Siglo XVIII hasta la Actualidad-.....	36
2.1.5.1	Italia	36
2.1.5.2	Alemania.....	37
2.1.5.3	España	38
2.1.6	El Prevaricato en la Historia de El Salvador	41
2.1.6.1	Etapa Precolombina.....	41
2.1.6.2	Etapa de la Conquista y Colonia	42
2.1.6.3	Etapa de la Independencia	44
2.1.7	Evolución del Prevaricato en la Legislación Penal Salvadoreña.....	45
2.1.7.1	Código Penal de 1826.....	45
2.1.7.2	Código Penal de 1859.....	46
2.1.7.3	Código Penal de 1881.....	48
2.1.7.4	Código Penal de 1904.....	51
2.1.7.5	Código Penal de 1974.....	54
2.1.7.6	Código Penal de 1998	56
2.2	Base Teórica Jurídica.....	57
2.2.1	Clasificación del Tipo Penal Prevaricato	57
2.2.1.1	Según su Estructura.....	57
2.2.1.2	Según la Modalidad de la Conducta.....	60
2.2.1.3	Según los Sujetos que Intervienen	71
2.2.1.4	Según la relación con el bien jurídico.....	74
2.2.2	Estructura del Tipo Penal Prevaricato en el Artículo 310 C. Pn.....	76
2.2.2.1	LA ACCION.....	76

2.2.2.2	TIPICIDAD.....	83
2.2.2.3	ANTI JURIDICIDAD.....	110
2.2.2.4	CULPABILIDAD.....	123
2.2.2.5	PUNIBILIDAD.....	137
2.2.3	Dispositivos Amplificadores del Tipo.....	139
2.2.3.1	Ilter Criminis.....	140
2.2.3.2	Autoría y Participación.....	154
2.2.3.3	Concurso de Delitos.....	163
2.2.4	Derecho Comparado	172
2.2.5	Derecho Internacional	185
2.2.6	Caso Practico	192
2.2.7	Jurisprudencia.....	199
2.3	Enfoque	203
2.4	Base Conceptual	205

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1	Hipótesis de Investigación	212
3.1.1	Hipótesis Generales	212
3.1.2	Hipótesis Especificas	213
3.2	Técnicas de Investigación	215
3.2.1	Categorías Metodológicas a utilizar.....	215
3.2.2	Método.....	217
3.2.3	Elaboración de Instrumentos de la Investigación de Campo.....	118

PARTE II

INVESTIGACIÓN DE CAMPO

CAPITULO IV

PRESENTACION Y ANALISIS DE RESULTADOS

4.1 Presentación de Resultados	221
4.1.a Cierre de Entrevista No Estructurada	221
4.1. b Resultados de Entrevista No Estructurada	223
4.2 Análisis de la Investigación	232
4.3 Resumen	239

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones	244
5.1.1 Conclusiones Generales	243
5.1.2 Conclusiones Específicas	247
5.2 Recomendaciones	248
Propuesta de Reforma.....	251
Bibliografía	255

PARTE III

ANEXOS

ABREVIATURAS UTILIZADAS

a. C.	Antes de Cristo
Art.	Artículo
C. Pn.	Código Penal
Cn.	Constitución
d. C.	Después de Cristo
FGR	Fiscalía General de la República
Inc.	Inciso
Pág.	Página
PGR	Procuraduría General de la República
Pr.Pn.	Código Procesal Penal
RIAL	Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa

INTRODUCCIÓN

La presente investigación versa sobre el delito de Prevaricato en la legislación Penal salvadoreña, en el cual se aborda las causas que lo originan y consecuencias que produce en la Administración de Justicia.

La dificultad principal de esta investigación es determinar los criterios para adecuar en forma concreta la conducta al tipo penal por poseer elementos normativos de difícil comprensión. En este trabajo se cuenta con fuentes doctrinales donde se utiliza la teoría del delito, analizándose los distintos elementos del prevaricato de acuerdo a la Ley.

La exploración surge por discusiones que se han generado en torno a su interpretación y aplicación, a través del enfoque jurídico.

La investigación se divide en los siguientes apartados:

El capítulo I denominado *“Planteamiento del Problema”* donde se encuentra: La situación problemática, expresándose la necesidad de indagar acerca del fenómeno jurídico; *“El Enunciado del Problema”* enumera las interrogantes que existen sobre el tema en estudio, de igual forma se *Justifica* la necesidad de indagar acerca de prácticas prevaricadoras, para que quienes sean agraviados por sentencias contrarias a la ley, fundadas en hechos falsos o dictadas por negligencia o ignorancia inexcusable tengan el conocimiento necesario que les permita denunciar este tipo de conductas por parte de los jueces; los *Objetivos Generales y Específicos*; determinan las metas a seguir y los *Alcances* que el equipo de trabajo propone lograr.

El Capítulo II titulado: *“Marco Teórico”*, está integrado por: la *Base Histórica-Doctrinal*: en la que se aborda la temática en todos los estadios de la historia: Edad Antigua, Edad Media, Edad Moderna, Edad

Contemporánea, El Prevaricato en la Historia de El Salvador, y su Evolución en la Legislación Penal Salvadoreña; en la *Base Teórica Jurídica*, se realiza la Clasificación del Tipo Penal Prevaricato, su estructura, su tipificación en otros ordenamientos jurídicos -Derecho comparado-, el Derecho internacional, Jurisprudencia, Enfoque, Base Conceptual en la que se definen los conceptos que son de importancia para la indagación.

En el Capítulo III se elabora las Hipótesis Generales y Específicas que se comprueban en el desarrollo de la investigación, identificando la naturaleza de las mismas; incluyendo la población tomada en cuenta para la realización de la indagación de campo.

El Capítulo IV presenta el *Análisis crítico de los resultados*, correspondiente al desarrollo del capítulo IV, presentando la información obtenida mediante cuadros y gráficos para efectos de mejor comprensión sobre la averiguación de campo realizada y concretizando el cumplimiento de los enunciados, hipótesis, objetivos desarrollados en el capítulo I.

El capítulo V acoge las *Conclusiones, Recomendaciones Y Propuesta*; que surgieron de la investigación, después de conocer lo cimentado en diferentes legislaciones, doctrinas y opiniones de conocedores del tema, así como la propuesta de reforma del artículo 310 C. Pn. Para que el prevaricato sea regulado eficazmente y según el sistema de *numerus clausus*.

PARTE I
PROYECTO DE
INVESTIGACIÓN

CAPITULO I
PLANTEAMIENTO DEL
PROBLEMA

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.4 Situación Problemática

La seguridad jurídica representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, limita y determina las facultades y deberes de las Autoridades Públicas; sin embargo, cuando un magistrado o juez voluntariamente aplica el derecho de forma anormal al caso concreto comete el delito de prevaricato; perturbando la esfera Jurídica-Social, debido a que este ilícito forma parte de los delitos relativos a la actividad judicial, poniendo de manifiesto la fragilidad de la Seguridad Jurídica.

El Prevaricato proviene de dos palabras latinas: *prae* y *varus*, lo que quiere decir huesos de las piernas torcidos. Lo que quería significar es que las personas que ejecutaban determinados actos los hacían de forma tal que se desviaban de la línea recta y marchaban de manera torcida u oblicua.¹

Según Ulpiano, viene de *varus* y esta de *vari*, remoquete o sobrenombre que se daba a las personas que caminaban con las piernas torcidas o separadas una de otra, por tener “pies planos”, que en castellano se llama patiabierta.²

El delito de Prevaricato, fue utilizado en un principio por los romanos, quienes lo denominaron con el nombre de *prevaricatus*; haciendo referencia que prevaricador era aquel que ayudaba a otro en juicio público o privado, vendiendo su propio juicio. Se describía también del secreto que debían

¹Edgardo Alberto Donna. (1987). Delitos contra la Administración Pública. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. Pág. 413.

²Francisco J. Ferreira Delgado. (1985). Delitos contra la Administración Pública. Segunda Edición. Editorial Temis, Librería Bogotá Colombia. pág. 123.

guardar los abogados. Es así como se les prohibía la revelación de los hechos conocidos con ocasión del ejercicio de la profesión.

El comportamiento delictivo del Prevaricato en El Salvador tiene sus orígenes en el Código Penal Español de 1822; por tanto en las primeras normativas penales existen variaciones en cuanto a la tipificación de las conductas prevaricadoras que se presentan en la actualidad- C. Pn. 1998- incorporando características propias de la codificación española; se disciplinaban conductas prevaricadoras que ahora constituyen otros delitos, como el patrocínio infiel, así mismo existía pluralidad de sujetos activos y se hacía diferenciación en las penas que incurría el prevaricado.

En la actualidad, el delito de Prevaricato se encuentra disciplinado en el Título XV, Capítulo I, de los Delitos Relativos a la Administración de Justicia, específicamente en el Artículo 310 del Código Penal, que describe las modalidades de comisión siguientes: a) dictar resoluciones contrarias a la Ley, fundadas en hechos falsos; b) dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en el juicio o diligencia que se sigue en el tribunal en el que desempeña su función o en algún otro y c) dictar sentencias manifiestamente injustas por ignorancia o negligencia inexcusable; en el cual los sujetos activos lo constituyen el Magistrado, Juez, Arbitro o Secretario Judicial; quebrantando así la Seguridad Jurídica y con ello se Administra Justicia en forma arbitraria, al cometerse tal ilícito.

La tipificación de esta conducta es consecuencia de dos características esenciales de la Carrera Judicial: la independencia y la imparcialidad. La primera de las dos se encuentra normada en el artículo 186 de la Constitución de la República, donde se regula el ejercicio de las funciones judiciales con plena libertad, en forma imparcial y sin influencia ninguna, mientras que la segunda aparece reglada en el artículo 188 del

texto constitucional, declarando la incompatibilidad con el ejercicio de la abogacía y del notariado, así como toda actuación como funcionario de otro órgano, salvo la enseñanza y la actividad transitoria como diplomático.³

La hermenéutica jurídica y los indeterminismos del lenguaje plasmados en la ley, no solo autorizan sino que obligan al juez y/o funcionario, a interpretar la ley en procura de una correcta aplicación del derecho, por lo que al entrar al análisis y estudio del delito de prevaricato, ha de tenerse presente siempre que no es el yerro sino el abuso del derecho lo que se tipifica como delito, desde luego errar es de humanos y por ello, no podría el ordenamiento jurídico por una parte exigir del intérprete precisamente que dé sentido a la ley y por otra castigarle por haberlo hecho.

El Derecho es un sistema basado en la interpretación, de tal modo que las diferencias de interpretación e incluso, los errores que no provengan de negligencia o ignorancia inexcusables, -en cuyo caso constituyen el último supuesto de Prevaricato-, no dan lugar a este delito, por lo que la contradicción de la resolución con la ley o la falsedad de los hechos establecidos en la misma tienen que estar más allá de cualquier compatibilidad con las normas aplicables o con las pruebas practicadas y solo las contradicciones frontales de las resoluciones con la ley o con el resultado de la prueba, más allá de cualquier resultado de interpretación, son constitutivas de prevaricación.

Acerca de la Prevaricación, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español, de fecha 15 de octubre de 1999 ha expresado: *“el delito de Prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la postergación del autor en*

³ Sergio Luis Rivera Márquez y otros. **Código Penal Comentado**, Tomo II Consejo Nacional de la Judicatura El Salvador. Pág.1022.

la valides del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del estado de derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho; la prevaricación, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales”⁴

La investigación está centrada en los Jueces y Magistrados, sujetos que Administran Justicia, por ser los delegados y representantes del Órgano Judicial, encargados de aplicar la Ley, con fundamento en los artículos 172 y 186 de la Constitución de La República.

En la actualidad conductas realizadas por los encargados de administrar justicia -Jueces y Magistrados- que ponen en peligro el correcto desempeño que debe tener la administración de justicia son de escaso conocimiento en los Tribunales Penales.

El delito de Prevaricato es poco investigado debido a que los abogados cuando se sienten agraviados por una resolución –auto, decreto o sentencia- promueven actividad recursiva, no obstante a ello aunque se tenga indicios que la resolución es contraria a la ley o fundada en hecho falsos, pocas son las denuncias por el ilícito de Prevaricato; así mismo la tipificación del ilícito penal en indagación contiene elementos valorativos y abstractos, lo que resulta complejos de probar en juicio: el soborno y el interés personal, razón por la cual los pocos casos que llegan a conocimiento los Tribunales para ser juzgados concluyen con un sobreseimiento definitivo para el prevaricador.

Según reporte publicado en abril del año 2010, la Corte Suprema de Justicia salvadoreña tenía 900 denuncias contra jueces en trámite, en 2011, tenía 1,000; notas estadísticas demuestran que existe una mora en cuanto a procesos de investigación judicial. En los últimos dos años, no se ha logrado

⁴ ibíd. Pág. 1024.

depurar la cifra de expedientes, ha subido la cantidad de denuncias en trámite en el Departamento de Investigación Judicial. Posteriormente a esta investigación de carácter administrativa podría sobrevenir el inicio de un proceso de antejuicio para posteriormente culminar con un proceso judicial por Prevaricato a estos jueces.

1.4.1 Enunciado del Problema

Se enuncia mediante la pregunta siguiente:

¿Qué conductas constituyen el delito de Prevaricato en la Legislación Penal Salvadoreña y que efectos produce en el buen funcionamiento de Administración de Justicia?

Y por medio de las sub-preguntas:

¿Cuál ha sido la evolución del delito de Prevaricato en el devenir histórico?

¿Cuál es la estructura del ilícito Prevaricato de acuerdo a la Teoría Jurídica del delito?

¿Cuál es la Jurisprudencia que existe referente al ilícito de Prevaricato?

¿Cómo se disciplina el Prevaricato en otros Ordenamientos Jurídicos?

¿Qué leyes, instrumentos Internacionales y reglamentos tienen vinculación con el ilícito de Prevaricato?

¿Cuál es el procedimiento aplicable a los Magistrados y Jueces sometidos a investigación por el delito de Prevaricato?

1.5 Justificación de la Investigación

El Estado de El Salvador se encuentra organizado por tres órganos de gobierno: el Órgano Legislativo: al que compete fundamentalmente la atribución de legislar; el Órgano Ejecutivo: al que corresponde la función de ejecutar y administrar el ente estatal y el Órgano Judicial; que de acuerdo con el ordenamiento jurídico Constitucional en el artículo 172 es el encargado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, y las otras que determine la ley; está constituido por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los tribunales que establecen las leyes secundarias, los cuales ejercen la potestad jurisdiccional, a quienes se les ha otorgado imparcialidad y autonomía, por ello los designados a administrar justicia deben actuar con total convicción de sus actuaciones para que sus resoluciones sean justas.

El Prevaricato es un ilícito penal pone en peligro el correcto ejercicio de la función jurisdiccional; según el artículo 310 del Código Penal consiste en que el Magistrado, juez o arbitro dicte resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno o que el juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dicte sentencia manifiestamente injusta o que un magistrado, juez o secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro, en todo caso, lesa el principio de independencia e imparcialidad judicial instituido en el artículo 4 del Código Procesal Penal y genera incertidumbre jurídica.

El delito de prevaricato tiene incidencia en la sociedad, y es de trascendencia jurídico-penal, pero en la actualidad carece de suficiente investigación, análisis y estudios por parte de profesionales del derecho por ser difícil acceso al ámbito donde este se perpetra, debido a que los sujetos

activos de este hecho punible, son los encargados de administrar justicia y también a la complejidad en su realización; por ello se hace necesario someter a estudio el ilícito de prevaricato por su reiteración en la ámbito jurisdiccional.

La investigación sobre el ilícito en indagación se realizara mediante la utilización del método científico el cual para Mario Tamayo y Tamayo, es definido como: *“un procedimiento para descubrir las condiciones en las que se presentan sucesos específicos, caracterizado generalmente por ser tentativo, verificable, de razonamiento riguroso y observación empírica”*; y todo esto desde la perspectiva del método analítico sintético.

Los beneficiados con esta investigación serán:

Los Jueces, árbitros, Magistrados y secretarios judiciales para que consideren la dimensión de delito de prevaricato, las repercusiones que causa en el ámbito Jurídico-Penal por ser un atentado contra la seguridad jurídica en la administración de justicia y de esta forma fundamenten en la ley y en la veracidad de los hechos sus resoluciones para evitar la comisión de este delito.

Los Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República; para que realicen la investigación y posterior acusación en forma objetiva.

Los Defensores Públicos y Privados que conociendo de manera amplia el delito de prevaricato, desplieguen mejores estrategias de defensa para sus representados.

Los Catedráticos de la Universidad de El Salvador y de otras universidades que obteniendo un conocimiento amplio de este ilícito se les

posibiliten ofrecer mejor calidad de enseñanza para los docentes, especialmente en los delitos relativos a la administración de justicia.

Los estudiantes de Licenciatura en Ciencias Jurídicas para que tengan amplio conocimiento del ilícito de Prevaricato que les permita realizar estudios y análisis de los tipos penales referidos a la administración de justicia.

La sociedad para que conozcan el delito de prevaricato y consideren que si bien los Jueces y Magistrados son los que aplican la Ley, eso no significa que puedan violarla o manipularla a su conveniencia; y de esta forma se vean motivados a interponer denuncia ante la Fiscalía General de la República, si tienen conocimiento de la comisión de este ilícito.

1.6 Objetivos de la Investigación

1.6.1 Objetivos Generales

- ❖ Analizar las modalidades comisivas del delito de Prevaricato en la Legislación Penal Salvadoreña.
- ❖ Indagar cuáles son los efectos que produce el Prevaricato en el buen funcionamiento de Administración de Justicia.

1.6.2 Objetivos Específicos

- ❖ Investigar la evolución del delito de Prevaricato, a partir de un esbozo en las etapas de la historia.
- ❖ Desarrollar la estructura del delito de Prevaricato con fundamento en la Teoría Jurídica del Delito.
- ❖ Investigar si existe jurisprudencia referente al Prevaricato a nivel nacional.
- ❖ Indagar cómo se regula el delito de Prevaricato en otros Ordenamientos Jurídicos.
- ❖ Estudiar instrumentos Internacionales, leyes y reglamentos que norman el delito de Prevaricato.
- ❖ Investigar el procedimiento aplicable a los Magistrados y Jueces sujetos de investigación del delito de Prevaricato.

1.7 Alcances de la Investigación

La problemática provocada por la comisión del delito de Prevaricato, posee importancia práctica en el ámbito doctrinario, jurídico, teórico, temporal y espacial tanto en el cometimiento del mismo como en su investigación y prevención.

Para delimitar los parámetros en los cuales se fundamenta la investigación, es necesario que sean detallados con la finalidad de alcanzar los objetivos propuestos, los cuales son:

1.4.1 Alcance Doctrinal

Para el desarrollo de esta investigación se hará uso de La teoría del delito la cual constituye un instrumento conceptual que estudia aquellos componentes del concepto “delito” comunes a todo hecho punible. Por consiguiente comprende, explica y sintetiza las propiedades que han de concurrir en una acción o conducta para que pueda ser considerada como delito o falta, y por lo mismo, pueda ser sancionada con una pena.

Estos componentes son en particular las categorías de Acción, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad, que a su vez se dividen en sub conceptos propios de cada categoría.

En la evolución de la teoría jurídica del delito pueden distinguirse diversas corrientes filosóficas: Teoría *Clásica*, *Neoclásica*, *Finalista* y *Post Finalista*; que a lo largo de la historia han ayudado para la aplicación certera, segura y en definitiva, científica del derecho punitivo a los casos que la vida presenta.

1.7.1.1 Teoría Clásica

Corriente filosófica que surge en los años 1890 a 1920, como respuesta a los excesos del Iusnaturalismo; sus representantes son Franz

Von Liszt y Ernest Von Beling; con un método Científico naturalista, de observar y describir.

Para los clásicos la acción es un proceso de causación impulsado por la voluntad humana individual. Es voluntad objetiva y trasciende al mundo exterior y que necesariamente produce en él algún resultado. No se puede separar la acción -Externa- del resultado, ni clasificar los delitos de pura actividad y resultado, porque no hay delito sin resultado naturalístico.⁵

En cuanto a la tipicidad, tiene un carácter meramente descriptivo y objetivo, incluso frente a los elementos normativos y objetivos de que se vale el legislador para determinar la conducta punible.

La antijuridicidad para los clásicos es la objetiva contradicción del hecho con el derecho, lo cual implica el aspecto formal –violación de las normas-. La objetividad significa que la antijuridicidad no depende de la presencia de componentes subjetivos o psíquicos de la conducta. En esa lógica, las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad no dependen de factores psicológicos, es decir, son eminentemente objetivas.

La culpabilidad considerada como la relación subjetiva entre el acto y su autor, es una relación que solo puede ser psicológica.

La imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad y esta se concreta bajo dos formas y especies: dolo y culpa. Excluyéndose el dolo, gracias a un replanteamiento posterior en torno al error, los mismo por un error de hecho que por un error de derecho, si son esenciales e invencibles. Si se trata de errores vencibles, queda vigente la posibilidad de imputación culposa siempre que exista el tipo respectivo.

⁵ Miguel Alberto, Trejo Escobar. (1999) **Introducción a la Teoría General del Delito**. Primera Edición El Salvador. pág. 167.

1.7.1.2 Teoría Neoclásica

Surge en los años de 1920 a 1930, sus máximos exponentes fueron Edmund Mezger, Marx Ernest Mayer y Radbruch A. Heagler. El método consistía en comprender y valorar basado en las ciencias del espíritu.

Parte de los principios filosóficos del Neokantismo y define la acción como “*el comportamiento humano voluntario manifestado en el mundo exterior*”; la acción deja de ser absolutamente natural para estar inspirada de un cierto sentido normativo que permita la comprensión tanto de la acción en sentido estricto como de la omisión.

Los neoclásicos incorporan en la configuración del tipo los elementos normativos, que requieren la atribución de un contenido de valor para alcanzar un sentido susceptible de aplicación, del mismo modo incorporan elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, como el ánimo de lucro, animo injuriandi; animo lascivo; que si no eran determinados previamente sería imposible adecuar el tipo en el que se concurre.

Si se compara la concepción neoclásica, con el esquema clásico, se puede apreciar que no derrumbo en su totalidad el edificio construido por el positivismo naturalista de Franz Von Liszt y Ernest Beling, solo le introdujo correcciones.⁶

La causa de la reestructuración del concepto del delito operada por el sistema neoclásico, radico en el hecho de reconocer que el injusto no era explicable en todos los casos, solo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa en elementos subjetivos.

Por otra parte la metodología neokantiana, referida a los valores fue aplicada a algunos de los elementos del delito que adquirieron de este modo una nueva dimensión así la omisión adquiere un carácter normativo con el

⁶ ibíd. Pág. 206.

criterio de la acción esperada; el tipo deja de ser neutro. Se reconoce la existencia de elementos subjetivos en el tipo aunque ello signifique anomalías; el tipo normal sigue siendo objetivo.

En las causas de justificación no se reconocen los componentes subjetivos, y aunque la categoría dogmática de la culpabilidad se define en sentido normativo, se insiste en incluir en ella el dolo y la culpa como rasgo psicológico.

Se supera el concepto psicológico de culpabilidad, siendo sustituido por la culpabilidad normativa, así mismo, se incorpora la culpa inconsciente.

1.7.1.3 Teoría Finalista

Surge en los años 1930 a 1940, su creador fue Hans Welzel, con un nuevo método de estudio: ontológico fenomenológico. El Finalismo y la estructura del delito defendida por Welzel tuvo una gran trascendencia en la doctrina.

Welzel estableció un nuevo concepto de acción: “la acción humana, será por tanto el ejercicio de la actividad final”⁷, esta teoría hace una separación de la conciencia de la antijuridicidad y el dolo; solo cabe participación en un hecho doloso donde el autor será quien tenga el dominio final del hecho.

La acción final se realiza en dos fases: la interna, que se origina en el pensamiento del autor y la externa donde el autor procede a realizar el fin, lo exterioriza conforme a un plan poniendo en marcha el proceso causal.

La tipicidad en esta teoría es *la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de este se hace en la ley penal*, será por tanto típico si se ajusta a esa descripción. El tipo penal para los finalistas está compuesto de elementos normativos, objetivos y subjetivos.

⁷ibíd. Pág. 216.

La antijuridicidad, adquiere una dimensión formal y material. La primera es la mera contradicción del hecho con el ordenamiento jurídico y la segunda la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Ayuda a determinar si la realización del acto típico esta o no amparada por una causa de justificación.

La culpabilidad es un juicio de reproche formulado al autor por no haber adaptado su conducta a la norma, a pesar de que estaba en situación de hacerlo, tiene la función de acoger aquellos elementos referidos al autor del delito, que sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad son también necesarios para la imposición de una pena.

1.7.2 Alcance Jurídico

Constitución de la República

El Estado de El Salvador está organizado para la consecución de la Justicia, de la Seguridad Jurídica y el bien común; y por tanto es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. –Art. 1-

En atención a lo expuesto la facultad de Administrar Justicia es otorgada al Órgano Judicial por la Constitución en su artículo 172, el cual somete a los Jueces y Magistrados a dictar resoluciones basadas en la Constitución, Tratados Internacionales, y demás leyes de la República, caso contrario, provoca el inicio de una investigación realizada por la Fiscalía General de la República, en conjunto con la sección de investigación judicial de la Corte Suprema de Justicia, todo con la finalidad de hacer juzgar el delito de Prevaricato.

Asimismo estipula que los funcionarios antes de tomar posesión de su cargo deben prometer cumplir y hacer cumplir la Constitución y demás leyes, tratados y reglamentos que el cargo les obliga. Y que en caso de incumplir responderán ante la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia – según sea el caso- por delitos comunes u oficiales que cometan.

Código Penal

En el artículo 310 se norma el delito de Prevaricato, las diferentes modalidades comisivas que contiene y la consecuencia jurídica aplicable a cada una de ellas; teniendo como sujetos activos: al Juez, Árbitro, Magistrado y Secretario Judicial.

Código Procesal Penal

Cuando un Juez o Magistrado es procesado por el delito de Prevaricato, es sometido a procedimientos especiales en razón de su cargo, llamase a este, Proceso de Antejudio, señalado en el Artículo 419 del Código Procesal Penal.

En consecuencia, también es importante analizar este Código así como el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa -RIAL- este reglamento es importante porque explica estrictamente la forma interna en que la Asamblea aborda el Procedimiento de Antejudio.

Ley Orgánica Judicial

Determina las facultades de la Corte Suprema de Justicia, así como su estructura organizativa y la creación de los distintos tribunales que la integran; como el Departamento de Investigación Judicial, según lo estipula el artículo 51 Ordinal 14; es el órgano encargado de aplicar el régimen disciplinario de la Ley de la Carrera Judicial.

Ley de la Carrera Judicial

Tiene como finalidad organizar la Carrera Judicial, normar las relaciones de servicio de los funcionarios y empleados judiciales con el Órgano Judicial; regular la forma y requisitos de ingreso a ella, las promociones y ascensos en base al mérito y a la aptitud; los traslados; así como los derechos, deberes, beneficios y sanciones disciplinarias aplicables a sus miembros.

El objeto del Departamento es contribuir al fortalecimiento institucional mediante la atención de denuncias contra la actuación Judicial, dándole el trámite correspondiente, en otras palabras el objetivo del Departamento es garantizar la consecución de un Estado Democrático y fortalecer la Seguridad Jurídica.

Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje

Establece el régimen jurídico aplicable al arbitraje, tomando en cuenta que el árbitro es un sujeto activo del ilícito de Prevaricato.

Así mismo es necesario sustentar esta investigación en los siguientes Tratados Internacionales:

Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica

Normativa internacional que vela por el correcto desempeño de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos y procura erradicar todo tipo de corrupción que atente contra la democracia en los países Centroamericanos, reafirmando el compromiso de estas Naciones con la democracia basada en el estado de derecho y en la garantía de las libertades fundamentales.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Que tiene como finalidad el promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover; facilitar y apoyar la cooperación internacional y a la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción; así como el promover la integridad; la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Convención Interamericana contra la Corrupción

Tiene como propósitos promover y fortalecer el desarrollo por cada uno de los estados partes, de los mecanismos necesarios para prevenir,

detectar, sancionar y erradicar la corrupción, así como el promover, facilitar y regular la cooperación entre los estados partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Convención americana sobre derechos humanos

Tiene como finalidad que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

1.4.3 Alcance Teórico

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, - DRAE - expresa que la voz de Prevaricato, se origina en el latín *prevaricatus*, el *delinquir de los funcionarios públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia*.

Guillermo Cabanellas, en su diccionario de Derecho usual, dice que: *prevaricato es el incumplimiento malicioso o por ignorancia inexcusable de las funciones públicas que se desempeñan*. Al igual que el DRAE el autor expone que no solo la conducta dolosa sino también la culposa son constitutivas de este ilícito.

De acuerdo con la concepción antigua de la voz prevaricato, el tratadista italiano Francisco Carrara sostiene que prevaricato a veces tiene un sentido lato y vulgar: cualquier aberración intelectual o moral del hombre; -así Salomón prevaricó a causa de las mujeres, y así alguno es enviado al manicomio porque prevaricó con la mente-.

En sentido jurídico designa todo acto de un empleado público en que se aparte de los deberes de su cargo o use de éste para un fin ilícito.

Pero el sentido estricto y propio en que la doctrina y la jurisprudencia toman la palabra prevaricación o prevaricato, y que es el que se emplea en el presente título, expresa únicamente los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra éstos y contra la confianza que se les otorga.⁸

En la mayor parte de las codificaciones, el prevaricato es el delito del abogado en el ejercicio de su profesión. Pero al final fueron los españoles quienes distinguieron entre el abuso del abogado en ejercicio de su representación y el del funcionario en el ejercicio de su función, mediante la traición y a ambas expresiones delictivas las llamaron prevaricación.

En la legislación Penal salvadoreña el prevaricato es un delito que atenta contra el buen funcionamiento de la Administración de Justicia del cual solo pueden ser sujetos activos: juez, magistrado, árbitro y Secretario judicial; excluyéndose así a los abogados.

1.4.4 Alcance Temporal

El equipo investigador realizara la exploración del delito de Prevaricato regulado en el artículo 310 del Código Penal, desde enero de dos mil ocho hasta junio de dos mil doce, porque en este periodo el ilícito ha adquirido relevancia social porque han surgido varios casos de jueces acusados de haber cometido este delito.

1.4.5 Alcance Espacial

La investigación del tema objeto de estudio se realizara en la Zona Oriental de El Salvador; que comprende los departamentos de: San Miguel,

⁸ Leónidas Montes Alvarrieta. -1966- La Prevaricación de Abogados y Procuradores. Editorial Jurídica de Chile . Pág. 124.

Usulután, Morazán y La Unión; zona territorial en la que se posibilita la investigación de campo y documental; asimismo los departamentos de San Salvador y La Libertad; teniendo como unidades de análisis los Juzgados de Paz, Instrucción, Tribunales de Sentencia, Cámara de lo Penal, Cámara de Segunda Instancia de la Tercera Sección de Oriente, FGR y Procuraduría General de la República -PGR-.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1 Base Histórica-Doctrinal

En este apartado se analizarán los estadios históricos de la humanidad haciendo una breve reseña de la evolución del prevaricato en las diversas culturas que a continuación se exponen.

2.1.1 Prehistoria⁹

Inicia con la existencia del hombre sobre la tierra hasta la invención de la escritura. Constituye la etapa de la Historia de la humanidad donde se inician las relaciones sociales para satisfacer las necesidades más elementales de supervivencia con actividades productivas de trabajo colectivo. Es conocida a nivel científico como el primer modo de producción "comunidad primitiva". Se caracterizaba por la existencia de una vida nómada debido a la necesidad de ir de un lugar a otro en busca de alimentos.

A partir de la división social, se produjo una División del trabajo por sexo y edad: Los hombres se encargaban de la caza y la pesca y las mujeres de preparar alimentos y cuidar a los niños y ancianos, porque estos últimos debido a su edad no podían cazar.

La Organización social estaba constituida en clanes y tribus: El clan es un grupo de personas -hombres, mujeres y niños- en los que todos pertenecen a la misma familia. Cuando varios clanes se unen por interés es cuando se organizan las Tribus.

⁹Es la ciencia histórica que estudia la vida del hombre antes de la aparición del primer testimonio escrito.

La venganza privada: es la primera forma de Administrar Justicia que se conoce, cuando el individuo o sus parientes recibían una afrenta, podían hacerse justicia por su propia mano, en los hechos graves el castigo asumía la forma de la venganza de la sangre que se tornaba en un derecho colectivo, mientras que en los leves se reducía al azotamiento del culpable o al pago o compensación en dinero o multa.¹⁰

Por consiguiente no puede hablarse de prevaricato en esta época porque la justicia era administrada por todos de forma privada sin la existencia de un ente u órgano facultado especialmente para ello.

2.1.2 Edad Antigua – Año 3500 a.C. hasta el 476 d.C.-

Inicia con la aparición de la escritura en el año 3,100 a.C. hasta la caída del Imperio Romano, en el siglo V d.C., en el año 476.

La prevaricación -como conducta-, existe desde que el hombre se agrupó y organizó en sociedad, si bien es cierto las primeras referencias que se tienen en textos legales atañen a prevaricación de jueces. Sin embargo, en esas primeras normas no se sancionaba al prevaricador, por cuanto la Administración de Justicia y la aplicación del derecho eran privativa del rey y ejercida por otros solo por delegación¹¹.

2.1.2.1 Mesopotamia

El Código de Hammurabi, datado hacia el año 1692 antes de Cristo, es una de las primeras leyes que se han encontrado y uno de los ejemplos mejor conservados de este tipo de documento de la antigua Mesopotamia;

¹⁰ Fernando Velásquez Velásquez, (1997) **Derecho Penal, Parte General**, Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá-Colombia, Pág. 180.

¹¹Leónidas Montes Alivarrieta. Óp. Cit. Pág. 11.

en breves términos se basa en la aplicación de la ley del Talión¹² a casos concretos.

Es considerado de origen divino, como representa la imagen tallada en lo alto de la estela, donde, Shamash, el dios de la Justicia, entrega las leyes al rey Hammurabi. Anteriormente la Administración de Justicia era ejercida por los sacerdotes, que a partir de Hammurabi pierden este poder. Por otra parte, conseguía unificar criterios, evitando la excesiva subjetividad de cada juez.

Las Leyes del Código de Hammurabi normaban particularmente el funcionamiento judicial: la Justicia era impartida por los tribunales y se podía apelar al rey; los fallos se debían plasmar por escrito.

La Ley cinco instituía: *“Si un Juez ha sentenciado en un proceso y dado un documento sellado -una tablilla- con su sentencia, y luego cambio su decisión, este juez será convicto de haber cambiado la sentencia que había dictado y pagara hasta doce veces el reclamo que motivo el proceso y públicamente se le expulsara de su lugar en el tribunal y no participara más con los jueces en un proceso”*¹³.

De la anterior disposición se infiere, que la conducta del juez de cambiar la sentencia constituía los primeros vestigios de Prevaricación de jueces, por cambiar la decisión que ya habían tomado poniendo en duda si la nueva resolución era justa o su cambio obedecía a otras razones, existiendo una sanción e inhabilitación para ejercer el cargo de juez a quien cometiera el ilícito.

¹²El término ley del talión -latín: lextalionis- se refiere a un principio jurídico de justicia retributiva en el que la norma imponía un castigo que se identificaba con el crimen cometido. El término "talión" deriva de la palabra latina "talis" o "tale" que significa idéntica o semejante, de modo que no se refiere a una pena equivalente sino a una pena idéntica. La expresión más conocida de la ley del talión es "ojo por ojo, diente por diente" aparecida en el Éxodo veterotestamentario.

¹³ Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. **Delitos de los Funcionarios Públicos**. España. Pág. 77.

2.1.2.2 Derecho Hebreo

En el Derecho Hebreo, la Biblia y el Talmud¹⁴ contienen innumerables reglas y consejos dirigidos a una recta Administración de Justicia, concretamente destinados a los Jueces, exaltando su condición y los principios rectores de su actividad.

Goldstein¹⁵ reunió diversas disposiciones dispersas en la Biblia y el Talmud destinadas a asegurar la imparcialidad de los Magistrados, destacando las del Deuteronomio -*Capítulo 17, Versículo 8-9 y 12*. *“Si se te presenta un caso demasiado difícil, ya sea un asunto de sangre, un litigio o una querrela por heridas o una disensión entre las autoridades de la ciudad, subirás al lugar elegido por Yavé tu Dios, iras a los sacerdotes Levitas y al juez que entonces este en funciones, los consultarás y ellos te indicaran el fallo de la causa, el hombre que se atreva a actuar en otra forma y no escuche al sacerdote que se encuentre allí al servicio de Yavé, ni al juez morirá. Harás desaparecer el mal de Israel”*¹⁶- que tienden a asegurar una recta justicia, en el cual las personas debían acatar el fallo del sacerdote y el juez.

Como contrapartida se establecían sanciones severas para las desviaciones de los Jueces en el desempeño de su cometido, la justicia era piedra angular de la cultura hebrea, hasta el punto de que los Jueces eran, en puridad sacerdotes.¹⁷

En relación con el sistema judicial del pueblo hebreo, Moisés mandó que en las capitales de cada tribu fueran elegidos los Jueces los escribas o intérpretes de la ley, y que se sentaran a las puertas de las ciudades para

¹⁴ El Talmud es una obra que recoge principalmente las discusiones rabínicas sobre leyes judías, tradiciones, costumbres, leyendas e historias, se caracteriza por preservar la multiplicidad de opiniones a través de un estilo de escritura asociativo, mayormente en forma de preguntas, producto de un proceso de escritura grupal, a veces contradictoria.

¹⁵ Mateo Goldstein. (1977). **Los Delitos de Prevaricato**. Uruguay, Montevideo. Pág. 8.

¹⁶ La Santa Biblia. Versión Latinoamericana. (2005). 122ª Edición. Editorial Verbo Divino. España.

¹⁷ Ramón Ferrer Barquero. (2003). **El Castigo del Juez Injusto**. Centro Para la Administración de Justicia, Colección Monografías No.8. Miami, Florida, Estados Unidos de Norte América. Pág. 13.

administrar justicia. Además de las justicias locales, instituyó las apelaciones a un Tribunal superior.

En el Antiguo Testamento se encuentran estas disposiciones que hacen referencia a prevaricadores *“Tus Jefes son unos rebeldes, cómplices de ladrones. Todos esperan recompensa y van detrás de los regalos. No hacen justicia al huérfano ni atiende la causa de la viuda”*¹⁸, *“pero que perdonan al culpable por dinero, y privan al justo de sus derechos!”*¹⁹, que inducen al trato con justicia: La iniquidad del juzgador se intentaba evitar, tal y como demuestran algunos preceptos del Éxodo, dirigidos a éste, con el siguiente tenor: *“No recibirás presentes que ciegan a los más avisados y trastornan a los más justos... No serás compasivo ni aún con el pobre si no tiene razón”*

En los versículos antes señalados se describe la prevaricación por soborno al mencionar: “van detrás de los regalos” y prohibiendo recibir presentes para evitar que las resoluciones estén motivadas por un interés ajeno a la justicia.

También Los Persas –antigua región del medio oriente, al este de Mesopotamia, hoy conocido como Irán 1400 a. C.- se preocupaban de impartir justicia correctamente, y en este sentido el Juez corrupto, era condenado a muerte, forrándose con su pellejo la silla en que había su sucesor de dictar sentencia, lo cual revelaba la repugnancia que aquel pueblo profesaba a los Jueces impuros.

En relación con este hecho, se entendía que se esperaba, recordar al nuevo Juez los resultados que podía esperar si cedía a la tentación de prevaricar. El efecto de prevención era mayor en aquellos casos en que el

¹⁸ La Santa Biblia. Óp. Cit. Isaías Capítulo I, versículo 23.

¹⁹ Ibíd. Isaías Capítulo V, versículo 23.

cargo de Juez era hereditario, pues, entonces, quien administraba justicia sentado encima de dicha piel era el hijo del prevaricador.²⁰

Para los persas la sanción de un juez prevaricador excedía a las sanciones que actualmente se conocen, el procedimiento que se establecía era una forma de prevención para el juez que ocupara el cargo luego de haber encontrado culpable de prevaricación al juez anterior.

Dentro del pueblo judío El sanedrín: era el tribunal supremo. Se afirma que se creó en el siglo II a. C, se reputó como el tribunal de Yavé compuestos por setenta ancianos y maestros en la ley, cuyas resoluciones tenían el rango de fallos de Dios. Conocía de los delitos graves como el de blasfemia e idolatría, estos se castigaban con la pena de muerte, cuyo decreto, debía ser homologado por el procurador romano.

Un caso muy conocido por todos en los que se observa una sentencia manifiestamente injusta; es decir, una conducta prevaricadora fue en el juicio contra Jesús de Nazaret quien fue condenado a muerte en cruz por el delito religioso de blasfemia -aun cuando la pena de crucifixión no estaba regulada en la Legislación Judía, sino solamente la de Lapidación que consistía en el apedreamiento del condenado,²¹- por Poncio Pilatos, en conjunto con los religiosos del Sanedrín y el Pueblo Judío.²²

Por consiguiente el sanedrín aplicó a Jesús una pena de muerte no prevista en la ley judía. La crucifixión era una pena de muerte que se contempló en el derecho romano para castigar los delitos más graves, como la piratería, la sedición y la rebelión.

²⁰ Ramón Ferrer Barquero. Óp. cit. Pág. 14.

²¹ La Santa Biblia Óp. Cit. Juan Capítulo 18, versículo 30-31.

²² *Ibíd.* Mateo Capítulo 26, versículo 59." los jefes de los sacerdotes y el consejo supremo andaban buscando una declaración falsa contra Jesús para poderlo condenar a muerte".

2.1.2.3 Derecho Romano

Dentro del Derecho Romano esta figura jurídica era aplicada exclusivamente al Abogado que se vendía o se dejaba sobornar, regalando así la causa que defendía a su adversario y en este sentido plasmaron dos tipos de prevaricato.

A uno le llamaron *tergiveratio* el cual consistía en desistir de la acusación por el hecho de no haber estudiado la causa y mucho peor al no haber ensayado su defensa, era aplicado a todos aquellos Abogados irresponsables que carecían de profesionalismo.

Al otro lo llamaron *cum ledere*, que significa “Colusión” en castellano, este delito era cometido por aquel Abogado que admitía todas las acusaciones, cargos y condenas dirigidas en contra de su defendido, aún sabiendo que éstas eran fundamentadas en hecho falsos y que serían desmentidas fácilmente.²³

En estas dos clases de prevaricato el sujeto activo era el abogado, en el primer caso –*tergiveratio*- era el acusador y en el segundo - *cum ledere* -, era el defensor, y se fundaba en la irresponsabilidad de estos para la parte que representaban en el proceso, en la actualidad el abogado no es sujeto de dicho ilícito.

Para evitar la pérdida del Derecho Romano, Justiniano -emperador- en la tercera década del siglo VI d.C., encargó a una comisión de juristas la redacción de los Digesta, o Pandectas -éste era el nombre en griego, ambos significan materia ordenada-, surgiendo en el año 533 el llamado Digesto. En esta norma se castigaba la prevaricación, pero no se refería esta locución a un funcionario que incumplía su función, sino que se sancionaba una conducta de deslealtad.²⁴

²³ Francisco J. Ferreira Delgado. Óp. cit. Pág. 124.

²⁴ Ramón Ferrer Barquero. Óp. cit. Pág. 16.

“Digesto. Lib.XLVII.tit.15:8 “Ley 1: Prevaricador es como si se dijera que “varica” -es decir que anda con las piernas separadas- y ayuda así a la parte contraria traicionando a la que en él confía; Labeón dice que este término se deriva del hecho de “varicar” en la contienda, pues el que prevarica está en un lado y otro, incluso más del otro. Propiamente, se llama prevaricador al acusador en un juicio público, pues de un abogado no se dice con propiedad que es prevaricador. Entonces, ¿qué hacer con un abogado así? Si ha prevaricado, es decir si ha traicionado a su cliente en un juicio tanto privado como público, el tal suele ser castigado en juicio extraordinario”²⁵

En esta ley –Digesto- se norma la prevaricación de los abogados que en un litigio ayudan a la parte contraria favoreciéndola de su propio defendido, la infidelidad del abogado era castigada por la desigualdad que creaba.

El Derecho Romano regulaba disposiciones dirigidas a prevenir y reprimir las ilegalidades cometidas por los juzgadores, como la acción de Preludio, frente a la violación del deber del Magistrado, y la Lex Cornelia, que castiga al pretor que se aparta de la correcta aplicación de las leyes.²⁶

Si bien había Magistrados de diversas clases, sólo eran titulares del imperium los cónsules -representantes supremos del poder socialmente reconocido- y los pretores, teniendo ambos la función de ejercer exclusivamente la administración de justicia, según fuera entre los ciudadanos romanos o interviniera al menos un peregrino.

El pretor debía prestar juramento de guardar las leyes, y al tomar posesión de su cargo, publicaba un edicto en que contenía las reglas con

²⁵ Ibíd. Pág. 16.

²⁶ Cuadernos de Derecho Judicial. Óp. cit. Pág. 77.

que pretendía administrar justicia durante el año en que debía ejercer el cargo. Con el fin de evitar arbitrariedades, la citada Lex Cornelia castigaba al pretor que no desempeñaba ordenadamente su Ministerio.²⁷

El anterior es un ejemplo de acusación contra el Juez que torcía el Derecho a su antojo y el castigo que se le imponía si en el año de su administración de justicia no cumplía con las leyes.

2.1.3 Edad Media -Siglos V-XV-

Es el periodo de la historia europea que transcurrió desde la desintegración del Imperio Romano de Oriente, en el siglo V, hasta el siglo XV. Su comienzo se sitúa tradicionalmente en el año 476 con la caída del Imperio Romano de Occidente y su fin en 1492 con el descubrimiento de América, o en 1453 con la caída del Imperio Bizantino, fecha que coincide con la invención de la imprenta y con el fin de la Guerra de los cien años. Dentro de la cual se analizaran las siguientes culturas.

2.1.2.1 Derecho Canónico

Se refiere al conjunto de leyes eclesiásticas. Comienza a llamarse así a partir del siglo VIII, denominándolo antes *Derecho Objetivo*.

El ordenamiento Canónico establece sanciones penales para el Juez que abuse de su posición al dictar resoluciones -canon 1389-, y otras sanciones, que pueden llegar a la privación del oficio si el juez causa daño dolosamente a las partes -canon 1457-; sanciones similares están previstas para los ayudantes y ministros del Tribunal.

Canon 1389

²⁷ Ramón Ferrer Barquero. Óp. Cit. Pág. 15.

1. Quien abusa de la potestad eclesiástica o del cargo debe ser castigado de acuerdo con la gravedad del acto u omisión, sin excluir la privación del oficio, a no ser que ya exista una pena establecida por ley o precepto contra ese abuso.

2. Quien por negligencia culpable, realiza u omite ilegítimamente, y con daño ajeno, un acto de potestad eclesiástica, del ministerio u otra función, debe ser castigado con una pena justa.

Canon 1457

1. Los jueces que rehúsen administrar justicia aun siendo cierta y evidentemente competentes, o que se declaren competentes sin ningún título jurídica que legitime esa competencia, y conozcan y decidan las causas, o violen la ley del secreto, o por dolo o negligencia grave causen otro daño a las partes, pueden ser castigados con penas adecuadas por la autoridad competente, incluso con la privación del oficio.

2. A las mismas sanciones, están sometidos los ministros y ayudantes del tribunal, si faltan a su deber, como se indica más arriba; a todos éstos puede castigarlos también el juez.

En estos cánones se asemeja a lo que en la actualidad se regula como prevaricación dolosa y culposa, estableciendo que se puede omitir dar justicia aun cuando algo es evidentemente cierto o por negligencia; se establecen sanciones para los jueces y los ayudantes del tribunal.

2.1.2.2 Fuero Juzgo

Considerado parte del Derecho Hispano-Godo. Fue elaborado en tiempos del Rey Godo en el Siglo VII. Fue revisado por el XVI Concilio de Toledo que lo aprobó en el año 681²⁸.

²⁸ Miguel Alberto Trejo Escobar-. (2002). Curso de Derecho Penal Salvadoreño. Parte General. Editorial Triple "D". El Salvador. Pág. 214.

Contenía un gran número de disposiciones referidas a desviaciones de los Magistrados, llegando a estipular la muerte del Juez que ajusticiara a un inocente y otras penalidades por absolver a un culpable. Aunque continuaba esta norma confundiendo la prevaricación con el cohecho.²⁹

Expresaba que el juez que a sabiendas o por soborno provocare la muerte de un imputado de robo que antes hubiera sido torturado, sería entregado a los parientes del muerto para ser torturado por estos; pero podía librarse si prestaba juramento que era inocente y los invitados testificaban su actuación correcta, en todo caso estaría obligado a pagar a los herederos del torturado o fallecido una compensación de trescientos sueldos si la causa de la muerte fuere el soborno de los demandantes, este sería condenado a muerte.

2.1.2.3 Fuero Real

Es considerado parte del Derecho Feudal -1255-, se promulgo bajo el reinado de ALFONSO X³⁰, llamado el sabio, fue destinado a regir en todos aquellos pueblos y ciudades que no tenían fuero especial.³¹

Desde los primeros años del reinado de Alfonso X de Castilla, el monarca ya había manifestado una clara tendencia a la homogeneización del derecho de los distintos territorios pertenecientes a la Corona de Castilla.

Como consecuencia de ello, en el mes de marzo de 1255, Alfonso X otorgó a los vecinos de Aguilar de Campo el texto conocido con el nombre de Fuero de las Leyes o Fuero Real, en general para el beneficio del comercio de los mismos y para asentar el poder de la corona frente al feudalismo de la época.

²⁹ Cuadernos de Derecho Judicial. Óp. cit. Pág. 17.

³⁰ Fue Rey de Castilla entre 1252 y 1284. Llevó a cabo una activa y beneficiosa política económica, reformando la moneda y la hacienda, concediendo numerosas ferias, también es reconocido por la obra literaria, científica, histórica y jurídica realizada por su escritorio real.

³¹ Miguel Alberto Trejo Escobar. Curso de Derecho Penal Salvadoreño. Óp. Cit. Pág. 214.

El Fuero Real, dedica alguna atención al tema objeto de investigación. Así, en su Libro I, Título IX, Ley III, estatuye: *“si alguno fuere Bozero o Consejero de otro en algún pleyto, no pueda de allí adelantar ser Bozero de la otra parte, ni Consejero en aquel Pleyto: e si aquel de quien es el Pleyto, fuere a demandar a otro consejo o ayuda para su Pleyto; e aquel a quien lo demandare, no le diere consejo, o no le prometiere ayuda; pueda aconsejar, o razonar por la otra parte, si quisiere”*³². Y en el Libro I, Título VIII, Ley VIII, se ubica la negativa a juzgar y retardo en la Administración de justicia del alcalde, en su función de juez, en el Libro I, Título IX, Ley III, La Prevaricación de Abogados y Procuradores: *“El abogado de una parte no podía ser, en el mismo pleito, abogado de la parte contraria”*.

En el Libro II, Título II, Ley II se regulaba la Prevaricación dolosa o culposa del juez que expresaba: *“si el alcalde juzga tuerto, por ruego o por precio que le den o promete a si mandare quitar alguna cosa a alguno sin derecho, aquel que la tenga por mandato del alcalde debe entregarla a su dueño y el alcalde que juzgo a tuerto o mando a tomar la cosa que no debía, pague otro tanto o lo suyo a aquel a quien la tomaron”... y si el alcalde juzgo tuerto o mandado tomar una cosa por su negligencia que no lo entiende: jure que no lo hice por ruego ni por amor ni por precio y devuelve lo que juzgo no tendrá pena, pero si alguno se querella contra el alcalde por a tuerto en esta razón: tendrá la pena antes dicha respecto cuando el alcalde juzga a tuerto”*

Por lo expuesto se reconocía la prevaricación de abogados con el fin de garantizar que no existieran ventajas entre las partes en razón que un mismo abogado no podía representar o aconsejar a ambas partes en el juicio; para el caso del alcalde se constituye como prevaricación por un interés propio o por soborno, juzgar tuerto hace referencia a que juzga sin ver la justicia.

³² Leónidas Montes Alivarrieta. Óp. Cit. 12.

2.1.2.4 Las Siete Partidas

Es un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X -1252-1284-, con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Constituye el más importante Derecho histórico castellano, obra que alcanzo gran difusión, por su alto contenido doctrinal.³³

Su nombre original era Libro de las Leyes, y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encuentra dividida. En cuanto a su finalidad, se ha sostenido que las Partidas se otorgaron como texto legislativo y no como obra doctrinal, a pesar de su contenido, a veces más filosófico que legal, lo que se confirmaría por lo expresado en su prólogo -que indica que se dictaron sólo para que por ellas se juzgara-.

Las Partidas abarcan todo el saber jurídico de la época dentro de una visión unitaria, por ello se le ha considerado una summa de derecho. Trata, entre otras materias de derecho constitucional, civil, mercantil, penal y procesal, tanto civil como penal.

El rey legislador Alfonso X se ocupó especialmente del juzgador inicuo, disponiendo en Las Partidas- ley 25, título 22, Partida III- que el Juez debía sufrir en su cuerpo la pena que hubiera impuesto injustamente a otro. Sin embargo, el rey podía perdonar la vida al Juez injusto, siendo éste desterrado para siempre del país, quedando infamado perpetuamente y confiscándosele todos los bienes.

Si la condena injusta había recaído sobre un hombre de clase inferior y no hubo concusión, el Juez era condenado sólo a destierro. Esto último constituye una desigualdad al imponer diversas penas al mismo delito, según fuese el rango que ocupaba en la sociedad el criminal condenado.

³³ *Ibíd.* Pág. 215.

La Partida III. Trata de la Justicia y la Administración de esta; en ella se norma la Prevaricación dolosa y el cohecho pasivo, con la particularidad en el primer caso, que la pena se gradúa en relación con la tendencia finalística que el juez persiguiera con él “juzgar tuerto a sabiendas”, además se imponía la pena de la infamia por el resto de sus días, por haber violado el juramento hecho de tomar posesión de su cargo como juez, y la pena de desaparición del mismo.

En la ley XV, Título VIII, Partida III, se dan ciertas normas de ética: que el abogado no debe valerse en juicio de pruebas falsas, ni debe prometer a su cliente ganar el pleito; estableciendo fuertes sanciones a los transgresores³⁴.

En la Partida VII, Título VIII, Ley XI, señala: “Pena de homicida merece el juzgador que a sabiendas de falsa sentencia, el pleito que viene ante él, juzgando muerte a alguno, o a un desterramiento, o a perdimiento de miembro, no mereciéndolo”. La partida se refiere a que el juez que emite sentencia injusta, ordenando la muerte del condenado, es merecedor del mismo castigo.

2.1.3 Edad Moderna -Del Siglo XV al XVIII-³⁵

Es el periodo comprendido entre los siglos XV y XVIII, caracterizado por la aparición de varios fenómenos que ocasionaron un notorio cambio de rumbo al derecho penal, tal como se muestra a continuación.

a) La recepción en Alemania; la primera de dichas manifestaciones tiene su origen en el resurgimiento del Derecho Romano que da lugar a la recepción en el ámbito penal, fenómeno que se presenta con mayor fuerza en Alemania, al punto de producir un cambio en la evolución de su derecho penal.

³⁴Leónidas Montes Alivarrieta. Óp. cit. Pág. 13.

³⁵ Históricamente se conoce como una de las etapas en la que se divide tradicionalmente la historia, extendiéndose desde el Descubrimiento de América en 1492 hasta la Revolución Francesa en 1789.

b) El humanismo; fue otro factor que estremece al derecho penal de la época, es el movimiento filosófico gestado a lo largo de los siglos XVII a XIX, más conocido como “Iluminismo”, gracias al cual se transformaron de manera sustancial las instituciones sociales y políticas con notable influencia en el Derecho Penal. La máxima manifestación del Periodo de las Luces, fue la gesta que incluyó la Revolución francesa³⁶ de la cual proviene la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano-1789-.

c) El pensamiento de Cesare Beccaria; fue el más grande pensador de la época del Iluminismo, considerándose el padre de la moderna ciencia del derecho penal.

En 1764 creó la obra De los delitos y de las penas, iniciando un movimiento que aun tiene influjo en el mundo contemporáneo, se enfrenta a un derecho penal caracterizado por el absolutismo y la arbitrariedad de la función judicial, desigualdad ante la ley penal, abuso de la tortura y pena de muerte; por lo que afirma los principios de: racionalidad, legalidad de los delitos y penas, prohibición de interpretación judicial, publicidad de la justicia penal, igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal, rechaza la pena de muerte, entre otros.

En esta etapa se produce un el aumento de las competencias del Estado y frente a las nuevas necesidades impuestas por el orden social comienza una rápida burocratización de los órganos jurisdiccionales, en ese sentido, el aparato judicial era utilizado como un poderoso mecanismo político de las luchas por el poder, por lo cual no era extraño la venta de cargos judiciales, el torcimiento de los jueces por dadas y compensaciones.

³⁶Movimiento político social, económico y militar. Surgió en Francia en 1789, como reacción contra injusticias y las desigualdades. Origeno el establecimiento del gobierno republicano, democrático y constitucional.

En el devenir histórico, la corrupción de los jueces no es un tema nuevo, ni ajeno a la cultura jurídica, por ende resultaban frecuentes los escándalos jurídico-políticos en la que los protagonistas eran jueces venales. Estas conductas prevaricadoras fueron desapareciendo con la Revolución Francesa.

2.1.4 Edad Contemporánea -Siglo XVIII hasta la Actualidad-³⁷

La revolución francesa marcó el final definitivo del absolutismo y dio paso a un nuevo régimen donde la burguesía, y en algunas ocasiones las masas populares, se convirtieron en la fuerza política dominante en el país. Socavó las bases del sistema monárquico como tal, más allá de sus estertores, en la medida en que lo derrocó con un discurso capaz de volverlo ilegítimo.

La evolución del Derecho Penal como disciplina científica comenzó en Italia y Alemania, regiones a las que se les adjudica la construcción y evolución de este conocimiento humano.

2.1.4.1 Italia

La evolución de la ciencia penal está presidida por la incertidumbre en cuanto al método, a los postulados generales y al objeto de estudio, lo cual parece explicarse porque Italia fue la cuna del avance de esta ciencia.

Las distintas corrientes de pensamiento se congregan en torno a diferentes objetos: el derecho natural para la escuela clásica, el delito como hecho empírico para la escuela positiva y el derecho positivo para la escuela técnico-jurídica.

En cuanto a conductas Prevaricadoras las primeras codificaciones de esta época disciplinaban que el funcionario o empleado público que mandara

³⁷ Es el periodo histórico comprendido entre la Revolución francesa-1789- a la actualidad. Época caracterizada por las revoluciones y por las grandes transformaciones artísticas, demográficas, sociales, políticas, tecnológicas y económicas.

o cometiera cualquier acto arbitrario, fuera contra la libertad individual, contra los derechos civiles de uno o más ciudadanos, se le imponía la pena de internamiento de uno a cinco años, y si era cometido por interés privado incurría también en la sanción de destierro.

2.1.4.2 Alemania

En los años de 1870 y 1900 surge la corriente penal denominada Positivismo. Cuando esta corriente filosófica invade todo el movimiento cultural europeo a mediados del siglo XIX, hacía mucho tiempo que la ciencia penal alemana utilizaba el método dogmático y el derecho positivo era su objeto de estudio.

La influencia de referida corriente en la ciencia penal alemana en relación a su método y contenido fueron: adoptar el normativismo o positivismo jurídico y acudir al método naturalístico estudiando junto a la dogmática el delito y la pena desde un punto de vista empírico -positivismo naturalista- como lo hacía Fan Von Liszt.

El positivismo naturalista. Si bien en la década comprendida entre 1870 y 1880 tuvo pleno apogeo la vertiente normativista, los años ochenta del siglo XIX estarán señalados por el ascendiente de las posturas naturalistas.³⁸ Con los aportes de F. Von Liszt se dan pautas que pretendían bajo la impresión del éxito de la ciencia natural elevar el derecho al rango de una ciencia postulando para ella un método similar al científico natural.

El Código Penal de Hannover de 1840 en el Capítulo 15, el artículo 351 *sanciona al juez que condene a un inocente o a un culpable con pena más grave que la prescrita en la ley*; artículo 354, *castiga al juez que por cualquier móvil, cometiera dolosamente una injusticia, en la dirección o resolución de un pleito legal*, y sancionando únicamente la comisión dolosa.

³⁸ Fernando Velásquez Velásquez. Óp. Cit. Pág. 205.

No se le denominaba Prevaricación expresamente, sin embargo las conductas son equivalentes al torcimiento del derecho que se cometía por un Juez sin distinción de causas civiles y penales.

2.1.4.3 España

Se demandaba una legislación clara que evitase la inmoderada y perjudicial tiranía de los Jueces -era tanto su poder que no respetaba ni a los muertos-, los Jueces podían desenterrar y procesar un cadáver, podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos derechos ilimitados abusaron los juzgadores.

Los países de la región europea elaboraran sus primeros Códigos teniendo como referencia la codificación Penal Española en el trienio liberal,³⁹ la cual tipifica las conductas prevaricadoras diferenciándolas del cohecho, como en el Código Penal Español de 1822:

Art. 451. De la prevaricación de los funcionarios públicos.

Son prevaricadores: Primero: los jueces de derecho o árbitros de la misma clase, que á sabiendas juzgan contra ley por interés personal, por afecto ó desafecto á alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado.

Segundo: los que del mismo modo proceden criminalmente contra alguna persona, ó la complican en algún procedimiento criminal, sabiendo que no lo merece.

Tercero: los que á sabiendas y de la manera expresada en el párrafo primero dan consejo á alguno de los que litigan ante ellos con perjuicio de la parte

³⁹Se conoce como trienio liberal o trienio constitucional al periodo de la historia contemporánea de España que transcurre entre 1820 y 1823; y que constituye el periodo intermedio de los tres en que se divide el reinado de Fernando VII, posterior al sexenio absolutista y anterior a la década ominosa.

contraria, o proceden de cualquiera otro modo contra las leyes , ya haciendo lo que prohíben, ya dejando de hacer lo, que ordenan.

Cuarto: los funcionarios públicos de cualquiera clase, que ejerciendo alguna autoridad, sea judicial gubernativa, o alguna superioridad en su ramo respectivo, nieguen, rehúsen o retarden á sabiendas y del modo referido la administración de justicia, la protección, desagravio, ú otro remedio que legalmente se les pida, o que la causa pública exija, siempre que deban y puedan ponerlo.

Quinto: los que del mismo modo, y siendo requeridos en forma legal por alguna autoridad legítima, ó por legitimo interesado, o advertidos por superior competente, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependa de sus facultades para la administración de justicia, ejecución de las leyes, ó cualquiera otro negocio del servicio público.

Sesto: los que de la propia forma, y hallándose encargados por su empleo ú oficio público de averiguar, perseguir o castigar los delitos, ó de proceder contra los delincuentes, ó de ayudar o cooperar de cualquier otro modo á la administración de la justicia o ejecución de las leyes, dejan de hacerlo, ya obrando contra el inocente, ya favoreciendo al culpado, ya faltando por otro estilo á su precisa obligación.

Sétimo: los demás empleados y cualesquiera otros funcionarios públicos, que de alguna de las maneras sobredichas en el párrafo primero abusan á sabiendas de sus funciones, perjudicando á la causa pública o á alguna persona, o protegen, disimulan ó toleran del mismo modo los delitos de subalternos ó de pendientes, o dejan de poner, sabiéndolo, el oportuno remedio para reprimirlos .y castigarlos. Los prevaricadores perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno público. Si en la prevaricación cometieren otro delito á que esté señalada alguna pena, sufrirán esta igualmente.⁴⁰

⁴⁰ Código Penal Español, Decretado por Las Cortes el 8 de Junio, sancionado por el Rey, promulgado el 9 de julio de 1822.

La codificación Española, que posteriormente sirvió de modelo para el Código Penal Salvadoreño de 1826, incluye en las conductas prevaricadoras el termino interés personal, se estipula el aconsejar a las partes, negar o retardar la justicia-prevaricación Omisiva-, no averiguar, perseguir o castigar los delitos, incluye como sujetos activos empleados públicos en general cuando perjudicaren en causa pública o la protejan.

Las penas se constituían en pérdidas del empleo y honores, inhabilitación para optar a cargo público además en el caso de imponer pena, el prevaricador incurrirá en el cumplimiento de la misma.

El Código Tejedor regulaba El Prevaricato en los artículos 385, 386, 387 y 389; el 385. El artículo 385, a su vez los subdividía en 5 incisos. En el primero de ellos se castigaba el Juez que “espide” sentencia definitiva manifiestamente injusta; en el segundo, al juez que conoce en causas que patrocina como abogado; en el tercero, al juez que cita hechos o resoluciones falsas; en el cuarto, al juez que se niega a juzgar bajo “pretexto” de oscuridad o insuficiencia de la ley, y en el quinto, al juez que se apoya a leyes supuestamente derogadas.⁴¹

En este Código se instituía la Prevaricación comisiva y omisiva que solo podían ser cometidas por el Juez, estipulando las modalidades de forma clara e individualizadas.

El Código de 1886 regulaba el tema en el artículo 245, que decía: *“comete Prevaricato: 1°- el Juez que “espide” sentencia definitiva o interlocutoria que tenga fuerza de tal, si fuese contraria a la ley expresa invocada en los autos, salvo prueba de que se ha procedido por error; 2°) el juez que conoce en causa que patrocina como abogado y 3°- el juez que a sabiendas cita hechos o resoluciones falsas”*. Preveía también el 247 el

⁴¹ Edgardo Alberto Donna. Óp. Cit. pág. 414

Prevaricato de Abogados y Procuradores y en el 249 el Prevaricato de jueces árbitros o arbitradores, los asesores o los peritos.⁴²

En la nueva normativa no solamente el juez puede incurrir en conductas prevaricadoras, los sujetos activos en este código pueden ser abogados, Procuradores, árbitros o arbitradores y asesores o peritos. La contrariedad a la ley se puede dar en sentencia definitiva o interlocutoria instituyendo una salvedad, cuando la contrariedad a la ley se haya producido por error.

2.1.5 El Prevaricato en la Historia de El Salvador

2.1.5.1 Etapa Precolombina⁴³

Los primeros habitantes permanentes del territorio actual de El Salvador colonizaron la planicie costera del Pacífico durante el Arcaico.⁴⁴ Allí podrían haber aprovechado la abundancia de animales y plantas silvestres en las montañas y los recursos marinos en la franja litoral.⁴⁵

Organización política antes y durante la conquista, el territorio que en el futuro sería El Salvador se encontraba dividido en 3 partes:

- *Señorío Chortí* -llamado por varios historiadores como payaqui; se extendió en partes del municipio de Metapán, gran parte del occidente y centro del departamento de Chalatenango, y formado también con el departamento guatemalteco de Chiquimula y parte del suroccidente de Honduras.
- *Señorío de Cuscatlán* -Señorío Pipil; se extendió desde el río Paz hasta el río Lempa con algunas excepciones en el recorrido de este último.

⁴² *Ibíd.* Pág. 414.

⁴³ Esta etapa comprende desde el año 1500 a.C. hasta el descubrimiento de América en 1492 d.C.

⁴⁴ Periodo arcaico está comprendido en 8000 a. C. -2000 a. C.

⁴⁵ Ministerio de Educación. (2009). **Historia 1 El Salvador**. 2ª ed. San salvador; El Salvador. Pág. 23.

- *Señorío Potón* -denominado por los pipiles como Popocatepet; se extendió en toda la zona oriental, el departamento de Cabañas, y partes de los departamentos de Chalatenango y San Vicente.

Los datos en relación al sistema jurídico salvadoreño, particularmente del derecho Penal antes del descubrimiento de América, son imprecisos. Generalmente están librados a la interpretación y referencia que de él hicieron los conquistadores y algunos misioneros. En este vacío cultural ha relegado al desconocimiento las concepciones penales precolombinas en El Salvador. El efecto, las instituciones indígenas, anteriores al descubrimiento de América, tienen el más interés para el sociólogo y para el historiador que para el jurista.⁴⁶

No existe seguridad científica sobre el embrionario derecho penal que debió existir entre las poblaciones aborígenes. Por tanto, el análisis del ilícito de Prevaricato se vuelve imposible de establecer por no tener documentación que sustente la existencia de tal conducta.

2.1.5.2 Etapa de la Conquista y Colonia

El periodo conquistador data de los años 1520 a 1600 en el cual los españoles ejercen dominio en América.

El periodo colonial América se transformo, se construyeron ciudades y pueblos en el continente. Se gesta la generación criolla y mestiza, comprendida entre 1550 a 1820.⁴⁷

En el proceso de la conquista hubieron movilizaciones armadas de los españoles, quienes poseían tecnología militar como armas de fuego y armas blancas, caballos y perros de guerra, animales especialmente criados y

⁴⁶ Miguel Alberto Trejo Escobar. Curso de Derecho Penal Salvadoreño. Óp. Cit. Pág. 209.

⁴⁷ Ministerio de Educación.(1996) .Estudios Sociales. Imprenta Cartotecnica Centroamérica S.A. Miami, Estados Unidos de América. Pág. 204.

entrenados para el combate; por lo que luego de muchos enfrentamientos contra los grupos étnicos, terminaron por dominarlos y obligarlos a adoptar la religión católica, a destruir sus templos y creencias, forzándolos a trabajar para beneficio de los conquistadores.

El Gobierno Colonial era precedido por el Rey de España, como la autoridad máxima. Inició con la fundación de algunas ciudades como la de San Salvador y San Miguel, en el año de 1530.

Aproximadamente en el año 1680 se agregan las Leyes de Indias a las leyes españolas.

La Historia del Derecho Penal salvadoreño es, en gran medida, la misma historia del Derecho hispano. En efecto, de España se trasladó a América parte de su sistema jurídico tanto durante la conquista como en la colonia. Algunas de esas leyes son: el Fuero Juzgo, el Fuero Real y Las Partidas. A las que se adicionaron la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias o, simplemente, Leyes de Indias.⁴⁸

Las Leyes de Indias fueron el principal Ordenamiento Jurídico aplicado en la época de la Colonia. Integraban este cuerpo normativo nueve libros que contenían todos ellos varias disposiciones relativas a los delitos y a las penas.

En el Fuero Juzgo⁴⁹ ya se regulaban conductas en contra de jueces que fallaran a sabiendas o por soborno en contra de la ley con pena de muerte; en el Fuero Real⁵⁰ se normaba la prevaricación de abogados en el caso que aconsejaran a ambas partes en un proceso y la prevaricación de alcaldes cuando sus fallos eran “tuertos” haciendo referencia a que no veían la justicia por interés o negligencia; y en Las Siete Partidas⁵¹ se incrementan

⁴⁸ Miguel Alberto Trejo Escobar. Curso de Derecho Penal Salvadoreño. Óp. Cit. Pág. 213.

⁴⁹ Supra pág. 30

⁵⁰ Supra pág. 31

⁵¹ Supra pág. 33

las penas instituyendo que el juez que condenara injustamente a alguien a muerte debía pagar con la misma pena.

Durante la época de la conquista y colonial el Derecho penal fue un ordenamiento represivo y cruel, los delitos cometidos por los aborígenes, se penaban con la esclavitud incluyendo a mujeres y niños, la esclavitud podía ser perpetua o temporal; se conmutaba la pena de muerte por la de esclavitud, otras penas que se aplicaron fueron las mutilaciones corporales, los azotes, las marcas con hierro candente, los trabajos forzados, entre otras. Existiendo diferencia en la aplicación de la ley penal entre peninsulares y criollos.

Se intenta instituir el virreinato para el año de 1719 a 1724, sin embargo se retorna al esquema presidencial a partir de 1724 y hasta el año de 1740, por razones económicas; se inicia el virreinato como método para asegurar mayor presencia de la autoridad y poder del Rey a través de quienes serían desde ahora sus representantes directos, debido a la notoria desobediencia de los colonos a cumplir las ordenanzas dirigidas a la protección de los aborígenes.

2.1.5.3 Etapa Independentista

La monarquía Española se había propuesto que las colonias fueran cada vez más dependientes, por lo que estableció una serie de reformas, como: aumento en la recaudación de impuestos, españoles fueron incorporados a servir como funcionarios desplazando a los criollos, aumento en las exportaciones de España, lo que culminó con el sentimiento de autonomía de las colonias.

El 15 de septiembre de 1821, El Salvador, junto a los demás países centroamericanos, firmó el Acta de Independencia en el Palacio Nacional de Guatemala.

América Latina utiliza como modelo la Constitución -liberal- de Cádiz de 1812 para la promulgación de las Constituciones, adoptando la doctrina de la separación de poderes, la misión de las Audiencias se limita a las funciones estrictamente judiciales, lo que las convierte en una institución poco atractiva para las élites.

Nuestro país promulgó, el 12 de junio de 1824, la primera "Constitución del Estado del Salvador", la cual establecía la independencia respecto de España y de México; además, reconocía la igualdad y el principio de legalidad, uno de los primeros principios democráticos y republicanos".⁵²

Con las Revoluciones francesas y la Declaración de los Derechos del Hombre, tienen un impacto considerable en los sistemas políticos y judiciales en americana, así como en las legislaciones penales de Europa y América. La primera proporciona las bases filosóficas para la promulgación de los códigos -penales y de procedimiento penal- de todos los países latinoamericanos; la segunda influye considerablemente en sus constituciones y en su organización judicial.

Al independizarse El Salvador en nada se modificó la legislación penal vigente, se mantuvo en vigor el Ordenamiento Penal de la Colonia sin embargo, la Constitución exigía que se regulara en leyes secundarias nuevos principios fundamentales concebidos; de esa manera, una de la primeras leyes en promulgarse fue el Código Penal, dictado el 13 de Abril de 1826, ordenamiento que tomó de modelo el Código Penal español de 1822⁵³.

2.1.6 Evolución del Prevaricato en la Legislación Penal Salvadoreña

2.1.6.1 Código Penal de 1826

Fue dictado el 13 de abril de 1826, coexistiendo con la legislación Federal y Nacional. Constaba de 840 artículos que contenían un catálogo

⁵² Miguel Alberto Trejo Escobar. Curso de Derecho Penal Salvadoreño. Óp. Cit. Pág. 217.

⁵³ Supra pág. 38

completo de delitos, de circunstancias modificativas y excluyentes de responsabilidad Penal, de penas y de reglas para su aplicación.⁵⁴ Carecía de una exposición de motivos que justificaba su origen histórico, solamente en una nota al pie de la Recopilación de Leyes Patrias del padre Isidro Menéndez, expresaba que era una adopción al Código de las Cortes Españolas de 9 de julio de 1822. Otros autores nacionales y extranjeros, se pronuncian por considerar el Código Penal Español como la fuente de primer Código Penal salvadoreño.⁵⁵

Como consecuencias jurídicas, comprendía un amplio catálogo de Penas corporales: la muerte; no corporales: declaración de infamia, inhabilitación para ejercer el empleo, profesión, o cargo Público, la sujeción a vigilancia especial de las autoridades, y pecuniarias como la multa.

Estaba dividido en dos partes: la primera referida a los delitos contra la Sociedad, conteniendo nueve títulos, regulando en el Título VI Delitos y Culpas de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus cargos de forma general, sin distinguir entre Cohecho, Patrocinio infiel, Omisión al deber de investigación y Actos Arbitrarios.

2.1.6.2 Código Penal de 1859

Promulgado en septiembre de 1859 y elaborado por la comisión integrada por los licenciados José María Silva y Ángel Quiroz teniendo como referencia el Código Penal de España de 1848.

En este código se actualizó los principios de la legislación Penal desligándose de los resabios de las Colonias y aboliendo el sistema de penas infamantes. Contenía tres libros; en el Libro Segundo se regulaban los delitos.

⁵⁴ Miguel Alberto Trejo Escobar. "Curso de Derecho Penal Salvadoreño Parte General". Óp. Cit. Pág. 221-222.

⁵⁵ *ibíd.* Pág. 222.

En el Título VII, denominado: “De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de su cargo”; Capítulo I, normaba en 6 artículos de conductas prevaricadoras:

Artículo 265: El juez que a sabiendas dictare sentencia definitiva manifiestamente injusta, incurrirá: 1. En la pena de inhabilitación perpetua absoluta, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal por delito, y además en la misma pena impuesta, por la sentencia, si esta se hubiere ejecutado, y en la inferior en un grado a la señalada por la ley, si la sentencia fuere absolutoria en causa por delito grave; 2° En la de inhabilitación perpetua especial, en cualquier otro caso.

Artículo 266: El empleado público que a sabiendas y con manifiesta injusticia dictare o consultare providencia o resolución en negocio contencioso administrativo o meramente administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación perpetua especial.

Artículo 267: El empleado público que faltando a las obligaciones de su oficio, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación perpetua especial.

Artículo 268: El Juez que maliciosamente se negare a juzgar, so-pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será castigado con la pena de suspensión. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el artículo 265. En la misma pena incurrirá el Juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia.

Artículo 269: El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente será castigado con las penas de inhabilitación perpetua especial y multa de cincuenta a quinientos pesos.

Artículo 270: El abogado o procurador que habiendo tomado la defensa de una parte, defendiere después a la contraria en el mismo negocio, será castigado con las penas señaladas en el artículo anterior.

La inhabilitación a la que hacen referencia las conductas prevaricadoras podía ser perpetua o especial según fuere el caso.

Existía una graduación diferente de penas si la sentencia se hubiere ejecutado o no. Si era ejecutada en causa criminal se imponía además de la inhabilitación la misma pena impuesta injustamente, incurriendo en un exceso en cuanto a la sanción.

Además de los Jueces podían ser sujetos activos del ilícito: abogados, procuradores, asesores, árbitros, arbitradores y peritos.

Se disciplinaba la prevaricación omisiva en los supuestos: *el que dejare de perseguir y castigar a los delincuentes, retardo malicioso en la administración de justicia, al negarse a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.*

Normaba la prevaricación en asuntos contenciosos administrativos aparte de los asuntos criminales.

El patrocinio infiel era modalidad para cometer prevaricato.

2.1.6.3 Código Penal de 1881

Aprobado y promulgado el 19 de mayo de 1881, Diario Oficial número 295 del TOMO II, del 20 de mayo del mismo año.

Se desvía de la estructura del Código Penal de España de 1870 convirtiéndose en el tercer Código Penal Salvadoreño. Tiene la peculiaridad de haber sido decretado por el poder Ejecutivo al haberse autorizado por la Asamblea Constituyente de 1880 para que aquel- El Poder Ejecutivo- promoviera la reforma de los Códigos existentes.⁵⁶

⁵⁶ ibíd. Pág. 226.

En el Título VII; denominado “De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”. En el Capítulo I; se establece la prevaricación en 12 artículos:

Artículo 285 - El Juez que a sabiendas dictare sentencia definitiva injusta contra el reo en causa criminal por delito, incurrirá en la pena impuesta por la sentencia, si esta se hubiere ejecutado, y además en la de inhabilitación absoluta.

Artículo 286 - El Juez que a sabiendas dictare sentencia definitiva injusta en contra del reo, cuando ésta no hubiere llegado a ejecutarse, será castigado con la pena inmediatamente inferior en grado a la que en la sentencia hubiere impuesto siendo el delito grave, y con la inmediatamente inferior en dos grados a la que hubiere impuesto, si el delito fuere menos grave. En todos los casos de este artículo se impondrá también al culpable la pena de inhabilitación especial.

Artículo 287 - Si la sentencia injusta se dictare a sabiendas contra el reo en juicio sobre falta, las penas serán las de arresto mayor e inhabilitación especial.

Artículo 288 - El juez que, a sabiendas, dictare sentencia definitiva injusta en causa criminal a favor del reo, incurrirá en la pena de prisión correccional e inhabilitación especial si la causa fuere por delito grave; en la de arresto mayor en su grado máximo e igual inhabilitación, si la causa fuere por delito menos grave, y en la de arresto mayor en su grado mínimo y suspensión si fuere por falta.

Artículo 289 - El Juez que, a sabiendas, dictare sentencia definitiva injusta en causa civil, incurrirá en las penas de arresto mayor e inhabilitación especial.

Artículo 290 - El Juez que por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare en causa civil o criminal sentencia definitiva manifiestamente injusta, incurrirá en la pena de inhabilitación especial y multa de cincuenta a doscientos pesos. Si la sentencia fuere interlocutoria en el caso del inciso anterior, las penas serán las de suspensión y multa de veinticinco a cien pesos.

Artículo 291- El Juez que, a sabiendas, dictare sentencia interlocutoria injusta en causa civil o criminal, incurrirá en la pena de suspensión.

Artículo 292- El Juez que se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, incurrirá en la pena de suspensión o multa de cincuenta a doscientos pesos.

Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el artículo 2°. En la misma pena incurrirá el juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia.

Artículo 293 - El funcionario público que, a sabiendas, dictare o consultare providencia o resolución injusta en negocio contencioso - administrativo, o meramente administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación especial y multa de veinticinco a cien pesos.

Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare o consultare, por negligencia o ignorancia inexcusable, providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo.

Artículo 294 - El funcionario público que faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación especial y multa de veinticinco a cien pesos.

Artículo 295 - El abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su ministerio, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de cien a quinientos pesos. En las mismas penas incurrirá el abogado o procurador que dirigiere o aconsejare a la vez a las dos partes, o que, habiendo llegado a tomar la defensa de la una defendiere después, sin consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare.

Artículo 296 - Las disposiciones de este capítulo son aplicables en sus respectivos casos a los asesores y árbitros de derecho.

En la nueva normativa penal surgieron cambios significativos en las sanciones, la inhabilitación perpetua absoluta desaparece y se disciplina la inhabilitación absoluta y en su caso la inhabilitación especial.

La prevaricación puede incurrir en materia Civil y Criminal a diferencia del código de 1859 que solo regulaba en materia Penal y Contencioso Administrativo.

Podía instituirse sentencia injusta en causa por delitos y en juicio por faltas individualizando sus penas.

Se incorpora la modalidad culposa por negligencia o ignorancia inexcusable.

Sanciona al abogado o procurador que por negligencia o ignorancia inexcusable perjudicare a su cliente o descubriere los secretos teniendo conocimientos de ellos en el ejercicio de su ministerio sancionando con inhabilitación especial y multa.

2.1.6.4 Código Penal de 1904

Promulgado por Decreto Legislativo de 8 de Abril de 1904.

En 1897 y 1901 se dieron hechos que influyeron decisivamente en la historia de la legislación penal⁵⁷. El primero fue: El Tratado Sobre Derecho Penal y Extradición del 5 de junio de 1887. El segundo fue sobre la misma materia, celebrada en San Salvador el 15 de enero de 1901.

En el Título VII “De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos” Capítulo I: de la Prevaricación, se estipulan 9 artículos referidos a la temática.

Art. 277 - El Juez que a sabiendas, dictare sentencia injusta contra el reo, en causa criminal por delito o falta, incurrirá en la pena impuesta por la sentencia, si ésta se hubiere ejecutado, y además en la de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

Art. 278 - El Juez que a sabiendas dictare sentencia injusta, cuando esta no se hubiere ejecutado; incurrirá en la mitad de la pena que se hubiere impuesto en el fallo, e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

Art. 279 - El juez que a sabiendas, dictare sentencia injusta a favor del reo, por delito o falta, sufrirá la tercera parte de la pena que hubiere debido imponerse en la sentencia, e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

Art. 280 - El juez que por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare en causa civil o criminal sentencia definitiva manifiestamente injusta, incurrirá en la multa de doscientos pesos e inhabilitación especial durante seis meses.

Art. 281- El juez que a sabiendas dictare sentencia definitiva injusta en causa civil será castigado con las penas de seis meses de prisión menor e inhabilitación especial por el tiempo de la condena.

⁵⁷ibíd. Pág. 227.

Art. 282 - El juez que a sabiendas dictare sentencia interlocutoria injusta, en causa civil o criminal, incurrirá en la pena de dos meses de prisión menor e inhabilitación especial durante el tiempo de la condena.

Art. 283 - Incurrirán en las mismas penas del artículo anterior:

1o El juez que se negare a juzgar bajo pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley:

2o El juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia.

Art. 284 - Serán castigados con la pena de cuatro meses de prisión menor e inhabilitación especial por el mismo tiempo:

1° El funcionario público que faltando a la obligación de su cargo, dejara maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes.

2° El funcionario público que a sabiendas, o por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare o aconsejare resolución injusta en asunto contencioso administrativo o meramente administrativo.

3o El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, o por negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su ministerio.

4° El abogado o procurador que dirigiere o defendiese a un tiempo a las dos partes o que habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la parte contraria en el mismo negocio, o la aconsejare.

Art. 285 - Las disposiciones de este capítulo son aplicables en sus respectivos casos, a los asesores y a los árbitros de derecho.

En la mayoría de modalidades es el Juez el sujeto activo del delito. Y en los casos del artículo 284, incorporaba a los funcionarios públicos de manera amplia.

El Juez que dicta sentencia injusta a favor del reo incurre en la sanción de la tercera parte de la condena que hubiera debido imponerse en la sentencia y suprime la inhabilitación especial y se incorpora inhabilitación absoluta.

En las sentencias interlocutorias en causa civil la pena de prisión es de seis meses e inhabilitación especial por el tiempo de la condena, cambio sustancial con el código de 1881 que estipulaba la pena de suspensión sin fijar su tiempo de duración.

2.1.6.5 Código Penal de 1974

Constituyo la ruptura de la influencia española y le precedió una amplia documentación en su elaboración⁵⁸. Para su creación existieron varios proyectos entre los cuales se destacan los de los años de 1943, 1958 y 1959; pero en el año de 1973 fue promulgado un nuevo Código Penal que entró en vigencia hasta el 15 de junio de 1974.

En el título IV los delitos relativos a la Administración de Justicia, Capítulo I tipifica los delitos contra la actividad judicial, regulando en el artículo 473 el delito de Prevaricato de la siguiente forma:

Prevaricato:

Art. 473.- El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a La ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de dos a seis años.

Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión.

Lo dispuesto en el inciso primero será aplicable, en su caso, a los árbitros.

Se tendrá como prevaricato el hecho de que un Magistrado, Juez o Secretario, dirijan, por si o por interpósita persona, al interesado o a las

⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 229.

partes en juicio o diligencias que se sigan en el Tribunal en que desempeñan sus funciones o en algún otro.

Los que incurran en este delito serán sancionados con prisión de uno a tres años.

*El Juez que por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.*⁵⁹

Se incorpora a las modalidades el epígrafe “Prevaricato” y las conductas son disciplinadas en un solo artículo.

Se incorpora en la primera modalidad dolosa que esta sea cometida por interés personal o soborno, graduando una pena para todo juez que diere una sentencia contraria a la ley, no como en el anterior Código penal -1904- que se sancionaba al prevaricador de acuerdo a la ejecutoriedad o no de la sentencia.

La modalidad de dirigir el proceso es una novedad en esta normativa penal y se constituye como acción dolosa.

Se sanciona el prevaricato por delitos y no por faltas como lo hacía el código anterior.

No se impone sanción de multa, solo pena de prisión.

El prevaricato omisivo se excluye de las formas de cometer el ilícito.

Ya no se establecen como sujetos activos: procuradores, abogados y peritos; incluyendo como nuevos sujetos activos a los Magistrados y Secretarios Judiciales y Árbitros.

Las modalidades son extractadas, por lo cual las sentencias y resoluciones injustas pueden incurrir en cualquier área del derecho donde se administre justicia.

⁵⁹Inciso incorporado en el año 1987. Por D. L. N°. 590 D. O. N°. 55, T. 294 de 20 de marzo de 1987.

2.1.6.6 Código Penal de 1998

Conforme a los principios que promulgaba la Constitución de la República de 1983, la cual no guarda concordancia con el Código Penal de 1974, es aprobado por Decreto Legislativo N° 1030, del 26 de abril de 1997, con publicación en el Diario Oficial N° 105, Tomo 335 del 10 de junio de 1997 y entró en vigencia a partir del 20 de abril de 1998.

El delito de prevaricato se regula en el artículo 310, que literalmente expresa:

“El Juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.

Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión.

Lo dispuesto en el inciso primero será aplicable, en su caso, a los árbitros.

Se tendrá como prevaricato el hecho de que un magistrado Juez o secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o algún otro.

Los que incurran en este delito serán sancionados con prisión de uno a tres años.

El Juez que por negligencia o por ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”.

No existen cambios drásticos en la redacción del ilícito, las diferencias son: La pena impuesta a los Jueces en el primer inciso, aumenta -de 2 a 6 años- de 3 a 6 años. Incrementando en un año la pena en el nuevo Código.

Incorpora la inhabilitación especial del cargo por igual tiempo de la condena en la primera modalidad dolosa.

2.2 Base Teórica Jurídica

2.2.1 Clasificación del Tipo Penal Prevaricato

El Código Penal contiene una variedad de conductas delictivas, por lo cual no puede hacerse referencia a una sola clase de tipos penales porque existen diversas, que se determinan por las características y elementos que son comunes para un grupo de delitos; por ende al referirse a los tipos penales es preciso elaborar una clasificación atendiendo a sus propias peculiaridades.

Los criterios de clasificación de los tipos penales varían de un autor a otro; en esta investigación se desarrollaran los criterios comunes aplicables; entre los cuales destacan: Según la estructura, de acuerdo al contenido, en atención a los sujetos, en relación con el bien jurídico protegido que seguidamente se exponen:

2.2.1.1 Según su Estructura

A) Tipos Básicos o Fundamentales

Son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano, razón por la cual se aplican sin sujeción ningún otro.⁶⁰ Por lo regular, estos tipos principian cada uno de los capítulos del Código Penal y constituyen su fundamento.

El ilícito en indagación es *un tipo básico* porque las modalidades comisivas se describen en un solo artículo de forma independiente y se aplica sin dependencia a ningún otro.

B) Tipos Especiales o Autónomos

Son aquellos que además de los elementos propios del tipo básico, contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo

⁶⁰Fernando Velásquez Velásquez. Óp. Cit. Pág. 399.

*fundamental; por eso se aplican con independencia de éste. El tipo fundamental es parte de ellos pero bajo ciertas características especiales.*⁶¹

El delito en análisis, *no es un tipo Autónomo*, porque no existe otra disposición que contenga elementos modificativos de las conductas descritas en él.

C) Tipos Subordinados o Complementarios

*Son aquellos que refiriéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en éstos,*⁶² *por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de la aplicación solo en el momento procesal de la imposición de la pena.*

Tanto los tipos especiales como los subordinados pueden ser privilegiados-atenuado- o agravados; los primeros prevén una sanción más leve que la de los básicos o los especiales, y los segundos una de mayor gravedad.

En relación al ilícito penal objeto de estudio, *no es un tipo subordinado*, porque no existe otra norma que señale circunstancias o aspectos que cualifiquen la conducta, sujetos u objeto del tipo básico.

D) Tipos Elementales o Simples

*Estos solos describen un modelo de comportamiento concretado por medio de un verbo rector.*⁶³

El ilícito en indagación *no es un tipo simple*, porque en la descripción típica se disciplinan tres modalidades delictivas distintas -de acción- por las

⁶¹ *Ibíd.* Pág. 400.

⁶² *Ibíd.* Pág. 400.

⁶³ *Ibíd.* Pág. 400.

que puede cometerse este ilícito: 1) dictar a sabiendas resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o soborno; 2) dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes interesadas en el juicio y 3) dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia, o ignorancia inexcusable.

E) Tipos Compuestos

*Son aquellos que describen una pluralidad de conductas, cada una de ellas a su vez estaría en capacidad de conformar por sí misma una descripción típica distinta.*⁶⁴

Se subdividirse en:

1. **Compuestos complejos:** *Se caracterizan por la concurrencia de dos o más conductas, cada una de las cuales es constitutiva de un delito independiente, de dicha unión nace un complejo delictivo distinto e indivisible*⁶⁵. En realidad el delito complejo no es una categoría autónoma, sino una forma técnicamente defectuosa de regular un concurso real de delitos porque el legislador las integra en un mismo tipo penal.
2. **Compuestos Alternativos o Mixtos:** *En el tipo se enuncian varias acciones pero es suficiente que el autor realice una sola de ellas para considerar cometido el delito*⁶⁶. La realización de varias de esas acciones previstas no multiplica la tipicidad, porque la pena conminada es aplicable para cualquiera de las hipótesis alternativamente previstas. La pluralidad de comportamientos en estos casos es una posibilidad que ofrece la estructura legal, pero no una exigencia.

⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 400.

⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 401.

⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 401.

En relación al ilícito penal objeto de estudio es *un tipo penal compuesto mixto*, porque contiene diversidad de conductas comisivas; *-dictar a sabiendas resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o soborno, dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes interesadas en el juicio y dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia, o ignorancia inexcusable-* y con la realización de una sola de ellas se configura el tipo penal, sin necesidad que se realicen todas, significa que es *suficiente que el autor realice una sola de ellas para considerar cometido el delito*.

F) Tipos en Blanco

Se refiere a aquellos en los que el supuesto de hecho se ha consignado total o parcialmente en una norma de carácter extra penal,⁶⁷ suele utilizarse cuando la conducta está estrechamente relacionada con otras disciplinas del orden jurídico de finalidades y alcances distintos a la norma penal.

El ilícito en investigación *un tipo penal completo*, en la primera y segunda modalidad comisiva *-dictar a sabiendas resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o soborno y dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes interesadas en el juicio-* porque en ellas el supuesto de hecho se encuentra consignado totalmente sin aplicación de una norma extrapenal.

2.2.1.2 Según la Modalidad de la Conducta

A) Atendiendo a la Parte Objetiva

1. Tipos de Comisión y Tipos de Omisión

De Acción

Describen modelos de comportamiento o conductas de carácter comisivos –acción-; aquellos en que la ley prohíbe la realización de una

⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 400.

conducta que se estima nociva. Los tipos activos reconocen acciones y la consecuente causación de un resultado. La norma que emerge de ellos es prohibitiva, conforman y se identifican fundamentalmente por la modalidad que ofrece el verbo típico. Son llamados también tipos de acción.

El Prevaricato, *es un tipo de acción* porque es una norma prohibitiva, disciplinada por dos verbos rectores –dictar y dirigir- en el cual la norma que emerge de ellos que exhorta a no realizar una conducta consistente en: dirigir a las partes o dictar una resolución injusta –dolosa o imprudente-.

De Omisión

Son aquellos en los que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa beneficioso y se castiga el no hacer lo ordenado; se sub clasifican en:

- **Omisión Propia**

Se conforman con la no realización de la conducta ordenada por el tipo -circunstanciado-, identificándose así con los delitos de simple actividad, no exigiéndose la evitación de resultado alguno.

Estos tipos son *numerus clausus*; los delitos de omisión propia, no especifican las cualidades requeridas para ser autor, son delitos comunes, porque cualquiera puede desobedecer la norma preceptiva. Pueden ser dolosos o culposos y su tipo objetivo exige los siguientes elementos:

- Una situación típica generadora del deber de actuar.
- La no realización de la conducta ordenada.
- La posibilidad física y real del sujeto de realizar la acción mandada.

- **Omisión Impropia**

Llamados también de comisión por omisión, consisten en el no impedir la producción del resultado típico pese a la existencia del deber de garante.

El comportamiento omisivo no se describe expresamente en el tipo activo, que solo prohíbe un determinado comportamiento, la omisión equivale a la acción, no basta el no hacer, si no ha hecho posible la producción del resultado típico.

El artículo 20 Código Penal, establece que “*el que omita impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar*”. El cual pertenece a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado.

Elementos del tipo objetivo de la omisión impropia:

- Una situación generadora del deber de actuar.
- La no realización de una acción que cumpla con esa obligación.
- Posibilidad física, real y efectiva de quien omita realizar la acción mandada.
- Una estrecha relación vital entre el omitente y el bien jurídico en peligro - posición de garante-.
- La producción del resultado.
- Una relación de causalidad hipotética - Imputación Objetiva - entre la omisión y el resultado, que permita afirmar que si el omitente hubiese realizado la acción omitida habría podido evitar el resultado.

El Prevaricato por ser un delito de acción *no admite la comisión por omisión ni omisión propia*, porque sus modalidades comisivas denotan necesariamente la realización de una acción, con la cual el delito se ejecuta.

2. Tipos de Mera Actividad y Tipos de Resultado

De Simple Actividad

*Son aquellos en que la descripción se agota en una acción del autor que no requiere la producción de un resultado en el mundo exterior separable espacio-temporalmente.*⁶⁸ En los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho, sólo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor. Son llamados también de mera conducta o de pura acción.

De Resultado

*Requieren la realización de una acción, a la cual sigue la causación de un resultado o efecto, verificable espacio-temporalmente en el mundo fenoménico.*⁶⁹ Para que estos delitos se produzcan, debe darse una relación de causalidad o imputación objetiva del resultado a la acción del sujeto.

El delito en indagación, *es un tipo penal de simple actividad, porque se consume con la realización de la conducta descrita en él, -dictar a sabiendas resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o soborno, dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes interesadas en el juicio y dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia, o ignorancia inexcusable-;* no requiere la producción de un resultado separable espacio-temporalmente en el mundo exterior.

3. Tipos de conducta Instantánea, Permanentes y de Estado

De conducta instantánea

*Para designar los supuestos de hecho en los cuales la realización del comportamiento descrito o el resultado, según el caso, se agotan en un solo momento.*⁷⁰

⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 401.

⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 401.

⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 401.

De conducta permanente

Son aquellos en los que el delito no está consumado con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo.

De Estado

Se refiere a los que están concluidos con la provocación de un determinado estado y por tanto no son susceptibles de mantenimiento por el autor, ni lo necesitan. Se caracterizan por que sus efectos se dilatan en el tiempo, pero sin que dependa de la voluntad del autor. Es decir, aquel que crea también una situación antijurídica duradera, pero la consumación cesa desde la aparición del delito.

El delito en análisis, *no se corresponde a criterios de esta sub clasificación debido a que es un delito de mera actividad* es decir, no existe un resultado separable espacio-temporalmente con su realización.

4. Tipos de Medios determinados y Resultativos**Medios determinados**

Son aquellos que describen las modalidades de acción, cerrando la posibilidad de realizarlos por otras vías y circunscribiendo la forma en que se ha de consumir la conducta típica.

Resultativos

Llamados también de medios indeterminados, son aquellos en los que es suficiente la realización de la conducta típica, *sin limitación de los medios para la producción del resultado requerido por la norma, precisando únicamente que sean idóneos para la producción del resultado.*

En relación al ilícito objeto de estudio es un tipo penal resultativo, porque en la descripción de la conducta típica, no se hace referencia a medio específico para realizarla dejando la posibilidad para que sea cometida por cualquiera que el sujeto activo decida.

5. Tipos de un acto, de Pluralidad de actos y alternativos

De un acto

Implican la ejecución de una acción típica por parte del agente. Son también llamados de acción simple.

De pluralidad de actos

Son dispositivos penales complejos que hacen referencia a múltiples acciones típicas a realizar. Llamados de acción compuesta; para su realización es necesario que el sujeto activo efectúe todas las conductas descritas en el tipo.

Alternativos

Hace referencia a delitos que prevén varias maneras posibles para realizar una conducta típica, que se describe por diferentes verbos rectores, requiriendo que se efectúe cualquiera de ellas para su consumación.

El ilícito en análisis es un tipo penal alternativo; porque describe varias modalidades para su consumación: *-dictar a sabiendas resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o soborno, dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes interesadas en el juicio y dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia, o ignorancia inexcusable-*, requiriendo que el sujeto prevaricador efectúe cualquiera de ellas para su consumación.

6. Tipos Clausurados e indeterminados

Tipos clausurados

Son aquellos en que el supuesto de hecho determina con precisión las diversas circunstancias típicas, de tal manera que las conductas mandadas o prohibidas se desprenden con toda claridad de la ley,⁷¹ y se describen taxativamente, por tanto, no es necesario acudir a otras normas ni reglas extra penales para precisar circunstancias de la conducta. Son llamados también: determinados y cerrados.

Indeterminados

Se refieren a los delitos que han sido redactados acudiendo a pautas generales, sin precisar las circunstancias de la conducta, ni indicar la modalidad del comportamiento que ha de producir el resultado; o las figuras que deliberadamente contienen referencias meramente ejemplificativas o totalmente vagas, indefinidas o equívocas, tendientes a alcanzar cualquier acción.⁷²

Son llamados también abiertos, por no aplicarse en ellos el principio de taxatividad; la ley no individualiza totalmente la conducta prohibida, sino que requiere que el juez lo haga, acudiendo a reglas que se exigen y que pueden encontrarse en otras partes del mismo ordenamiento ó en uno de igual o inferior jerarquía.

En esta calcificación se encuentran los delitos los delitos imprudentes: que se exige al Juez que frente al caso concreto determine cuál era el deber de cuidado que se inobservado y de esa manera cierre el tipo.

El ilícito en exploración en la primera y segunda modalidad comisiva - *dictar a sabiendas resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o soborno y dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes interesadas en el juicio-es un tipo Clausurado*

⁷¹Ibíd. Pág. 403.

⁷²Ibíd. Pág. 402.

porque es preciso en determinar los supuestos de hecho y las circunstancias típicas.

En cuanto a la modalidad imprudente –*dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia, o ignorancia inexcusable-constituye un tipo abierto* porque no individualiza totalmente la conducta prohibida, sino que requiere que el juez lo haga, acudiendo a normas de carácter extrapenal para cerrar el tipo.

B) Por la Relación de la Parte Subjetiva con la Objetiva

1. Tipos Congruente e Incongruente

Congruentes

*Son aquellos en que existe coherencia entre la parte subjetiva y la objetiva, porque para la realización es necesario que medie el dolo –conocer querer realizar los elementos objetivos del tipo. Es el caso normal de los delitos dolosos porque la voluntad alcanza la realización objetiva del tipo.*⁷³

Incongruentes

Son aquellos en los cuales la parte subjetiva de la acción no se corresponde con la objetiva, generándose un exceso en una o en otra parte.

El ilícito penal en estudio *es un tipo penal congruente e incongruente*, debido que la parte objetiva se corresponde con la parte subjetiva en las modalidades de comisión dolosa –*dictar a sabiendas resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o soborno y dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes interesadas en el juicio-* porque en ellas el juez conoce y quiere realizar los elementos del tipo. Pero también la parte objetiva no se corresponde con la parte subjetiva, esto se da en la modalidad de comisión culposa -*dictar sentencia manifiestamente*

⁷³ Santiago Mir Puig, (1997). **Derecho Penal Parte General**. 3ª Edición. Barcelona España. Pág. 222.

injusta por negligencia, o ignorancia inexcusable- regulada en la parte final del artículo 310 del Código Penal.

La incongruencia de un tipo puede suceder en dos sentidos opuestos:

- **Por Exceso Subjetivo**

a) Tipos que contienen elementos subjetivos distintos del dolo

Tipos mutilados en dos actos, de resultado cortado y de Tendencia Interna Intensificada.

Mutilados en dos actos

Son aquellos delitos en donde la intención del autor al ejecutar la acción típica, se dirige a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto, La conducta típica es el medio para la realización de una segunda acción es lo que lo hace al delito incompleto o mutilado porque debe completarse con un segundo acto.

De Resultado Cortado

Son aquellos en los la acción del autor va dirigida a realizar un resultado posterior del delito, es decir que el autor hace algo con la intención que se produzcan consecuencias ulteriores.

De Tendencia Interna Intensificada

Estos delitos no suponen que el autor busque algo más allá de la acción típica, sino que el legislador confiere a ésta un sentido subjetivo incrementado o intensivo.

El ilícito en estudio en su modalidades de comisión dolosa -dictar a sabiendas resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o soborno y dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes interesadas en el juicio - es un tipo de tendencia

interna intensificada porque en ella evidencia el ánimo del sujeto activo al ser sobornado o al pretender obtener un interés personal con la realización de la conducta ilícita.

b) Tipos de imperfecta Realización

Tentativa

Es cuando se da comienzo a la ejecución de un delito determinado con dolo de consumación y medios idóneos, el cual no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor. –Art. 24 C. Pn.- lo que merece una pena porque al comenzar la ejecución él puso de manifiesto su voluntad criminal.

En el delito tentado existe un tipo subjetivo completo y un tipo objetivo incompleto, por la falta de consumación por causas extrañas al agente. Por tanto, la tentativa configura un tipo incongruente por exceso subjetivo, porque el autor quería llegar más lejos- consumación- de lo que consiguió objetivamente.

Como se ha aludido con antelación, el Prevaricato es un delito de mera actividad⁷⁴, por lo cual *no admite tentativa*, porque solo con la realización de la acción descrita en el tipo se comete tal ilícito.

- Por exceso objetivo

Tipos imprudentes

En ellos se produce un resultado no querido por el autor debido a la inobservancia del deber objetivo de cuidado por el agente al momento de actuar. Hay un exceso objetivo entre lo que quería el individuo y lo que realmente ocasiona.

⁷⁴ Supra. Pág. 63.

De acuerdo con lo expuesto el ilícito penal en exploración contiene tres modalidades comisivas⁷⁵. En las dos primeras, *-dictar a sabiendas resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o soborno y dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes interesadas en el juicio-* la conducta típica solo puede realizarse con dolo directo o de primer grado.

No obstante la tercera modalidad *-dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia o ignorancia inexcusable-* es muy discutida si constituye una forma imprudente de comisión: por contener en su redacción los conceptos “*negligencia*” e “*ignorancia inexcusable*” por el sistema de *numerus clausus* que rige el Código Penal: *Los hechos culposos sólo serán sancionados cuando la ley penal lo establezca de manera expresa. –Art. 18. Inc. 3-*, y porque en el Derecho comparado –Honduras y Guatemala, -esta modalidad es regulada de forma expresa como *Prevaricato Culposo*.

La negligencia significa *una omisión más o menos voluntaria, pero consciente de la diligencia que corresponde en los actos jurídicos, en los nexos personales y en la guarda o gestión de los bienes.*⁷⁶

Por el contrario, la ignorancia inexcusable se entiende como *el desconocimiento de aquello que ha de saberse por elemental o esencial en el cargo o función que desempeña.*⁷⁷ Lo que implica infracción a las más elementales normas jurídicas del conocimiento del derecho.

El sistema de *numerus clausus* lo que impone es que en ciertos casos la imprudencia es punible; pero si no está regulada expresamente en un tipo penal, la conducta no se puede sancionarse como delito imprudente, no

⁷⁵ Supra. Pág. 2.

⁷⁶ Manuel Osorio. **Diccionario Jurídico Elemental** Pág. 642

⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 490.

obstante, la regulación expresa de los delitos culposos no debe entenderse únicamente de la necesidad que contengan un epígrafe o que las conductas –dolosas e imprudentes- estén tipificadas en artículos diferentes, si no que de la conducta se extraigan elementos pertenecientes a la imprudencia.

Por tanto, el legislador penal salvadoreño al disciplinar el delito de Prevaricato, no uso la práctica que normalmente se emplea de separar las conductas de comisión dolosas de las imprudentes en artículos diferentes, no obstante ello se adopta el sistema cerrado de tipificación de delitos imprudentes.

2.2.1.3 Según los Sujetos que Intervienen

A) Por la Cualificación del Sujeto Activo

1. Tipos Monosubjetivos y Plurisubjetivos

Monosubjetivos

*Son aquellos en los cual el tipo solo puede ser cometido por una persona, son también llamados uni-subjetivos o individuales.*⁷⁸

Plurisubjetivos

*Son aquellos en el que la norma exige que la conducta descrita en el tipo sea realizada por varias personas, se llaman también tipos colectivos o de concurso necesario.*⁷⁹ Se dividen en:

El ilícito en indagación es un tipo unisubjetivo porque es suficiente la concurrencia de solo un sujeto activo para su consumación. No obstante pueden ser varios los que intervienen en el ilícito -Juez, Magistrado, Árbitro, Secretario Judicial.

3. Tipos Comunes y Especiales

Comunes

⁷⁸ Fernando Velásquez Velásquez. Óp. Cit. Pág. 403.

⁷⁹ Ibíd. Pág. 403.

Son aquellos tipos que no exigen ninguna condición especial para ejecutar la conducta en ellos descrita, pudiendo ser realizados por cualquier persona. En estos el Código Penal no limita el ámbito de posibles sujetos activos, sino que se refiere a todo el que ejecute la acción típica.

Especiales

Son aquellos en el que se requiere en el agente o sujeto activo una cualidad especial o categoría especial que requiere la ley.

Los tipos especiales tiene una subdivisión en:

Especiales Propios

Son aquellos que describen una conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no pueden ser autores de este ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta, de tal forma el hecho sería atípico.

Especiales Impropios

Estos guardan correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción, pero su realización por sujetos no cualificados hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto. En estos casos existe un delito Común Subyacente que puede ser cometido por cualquier persona, sin embargo si es cometido por alguno de los sujetos especialmente cualificados se produce una modificación del Título de Imputación derivándose hacia el delito especial impropio.

El Prevaricato es un delito especial propio debido a que solo puede ser realizado por sujetos titulares de la cualidad de Administrador de Justicia -Juez o Magistrado-; Árbitros y Secretarios Judiciales.

B) Por la forma de Participación del Sujeto

1. Tipos de Propia Mano, de Autoría y Participación

De Propia Mano

En ellos el tipo exige la realización de una acción determinada y solo el que se encuentre en posición de ejecutarla inmediata y corporalmente, por sí mismo, puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto de la acción descrita en el tipo legal.⁸⁰

De Autoría

Este requiere la consumación del delito directamente –autoría directa- o por medio de otra persona que actúa como mero instrumento -autoría mediata - por sí solo o junto con otros -coautoría-

El artículo 33 del Código Penal disciplina: Es autor "el que realiza por sí el hecho punible", es decir, aquel cuya acción se le va a imputar por referirse a la realización directa de los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Por otra parte la coautoría, es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente.

De participación

Estos suponen la inducción o la cooperación dolosa con el autor para realizar los elementos descriptivos especiales del sujeto activo en un delito consumado.

La participación solo es punible en su forma dolosa, es decir, el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor.

⁸⁰ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. (2004). **Derecho Penal Parte General**. 6ª edición, Valencia, España. Edita Tirant lo Blanch. Pág. 218.

El Prevaricato es un delito especial propio porque solo puede ser realizado por personas que ostentan la cualidad especial descrita en el tipo; y es cometido dolosa e imprudentemente. *Admite la autoría* en el supuesto en el que el sujeto activo realice el hecho por sí solo. Así mismo *la coautoría*, cuando el hecho se realice conjuntamente por varios sujetos como es el caso de los Tribunales de Sentencia, Cámaras de Segunda instancias y Salas. Permite también la *participación* –complicidad-

Lo que realiza el cómplice es particularmente un favorecimiento que dependiendo de la teoría de la escasez de Enrique Gimbernat cuando el cómplice ofrece un bien escaso es un cómplice necesario, y cuando el bien no es escaso o una aportación que fácilmente puede el autor encontrar es un cómplice no necesario.

C) Por la Relación del Sujeto Activo con el Pasivo

1.- Tipos Disyuntivos y de encuentro

Disyuntivos

En este tipo la voluntad del autor no coincide con la voluntad del sujeto pasivo. La intención de ambos sujetos está en contraposición, la víctima no quería ser víctima.

De encuentro

Son aquellos en los que existe la necesidad que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo, deben concurrir ambos en una misma relación delictiva.

El ilícito en exploración es *un tipo disyuntivo*, porque el sujeto pasivo directamente afectado por la conducta del prevaricador es El Estado.

2.2.1.4 Según la Relación con el Bien Jurídico Protegido

1. Según la proximidad de la amenaza

- Tipos de Lesión y de Peligro

De Lesión

Son aquellos en que se menoscaba o lesiona el bien jurídico tutelado en el tipo⁸¹. Se refieren principalmente a los delitos contra la vida y la integridad personal. El tipo requiere un detrimento efectivo del bien jurídico protegido, el legislador demanda un daño concreto en el objeto de la acción.

De Peligro

Son aquellos en que la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro efectivo, concreto y próximo para el bien jurídico.⁸²

- De Peligro Concreto o demostrable

Cuando el comportamiento descrito en el tipo penal efectivamente pone en peligro el bien jurídico.

- De Peligro Abstracto

No es preciso que la acción cree un peligro efectivo. En estos casos el legislador presume la posibilidad de daños para el bien jurídico tutelado⁸³.

No es posible cuantificar de forma precisa la afectación sobre el bien jurídico protegido, pero ello no significa que no exista perjuicio a dicho valor, sino que la conducta produce una afectación diferente a la que existe en los delitos de lesión.

Los delitos de peligro abstracto son de mera actividad, se consuman con la realización de la conducta supuestamente peligrosa.

El delito en análisis, es *de Peligro Concreto*, porque coloca en un peligro efectivo el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, que se convierte en procesos judiciales injustos y desconfianza en la persona física delegada para administrar la misma.

⁸¹ Fernando Velásquez Velásquez. Óp. Cit. Pág. 404.

⁸² *Ibíd.* Pág. 405.

⁸³ *Ibíd.* Pág. 405.

2. Según el número de Bienes Jurídicos Afectados

- Tipos Monoofensivos y Pluriofensivo

Monoofensivos

Son aquellos tipos mediante los cuales el legislador protege un solo bien jurídico.

Tipos Pluriofensivo

*Son aquellos que amparan al mismo tiempo varios bienes jurídicos.*⁸⁴

El ilícito en indagación es *un tipo mono-ofensivo* porque en él se tutela únicamente el *Buen funcionamiento de la Administración de Justicia*. No obstante existe un perjudicado de la afectación del bien jurídico por la decisión pero no hay otro bien jurídico tutelado por la ley.

2.2.2 Estructura del Tipo Penal Prevaricato en el Artículo 310

El artículo 310 del Código Penal, tipifica El delito Prevaricato el cual literalmente prescribe: *“El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.*

Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión.

Lo dispuesto en el inciso primero será aplicable, en su caso, a los árbitros.

Se tendrá como prevaricato el hecho de que un magistrado juez o secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.

⁸⁴ *Ibíd.* Pág. 404.

Los que incurran en este delito serán sancionados con prisión de uno a tres años.

El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.”

El ilícito en mención será explicado según la Teoría Finalista y post finalista del delito, desarrollando las distintas categorías que las componen: *Acción, Tipicidad, Antijuridicidad, Culpabilidad y Punibilidad.*

3.2.2.1 LA ACCION

Se concibe como el *“ejercicio de la actividad final humana, y no solo causal⁸⁵”,* se fundamenta en que el hombre, gracias a su saber causal puede prever dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su obrar, proponerse por tanto fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines; la actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no lo está, por ser la resultante de los componentes causales existentes en cada caso. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una actividad final, dirigida a la consecución de un fin.

Fases de la acción

1. Fase Interna o esfera del pensamiento

Ocurre en la psiquis del autor, y mientras no se exteriorice, no es punible, porque el derecho penal no castiga pensamientos; se impone una pena cuando se realizan acciones tendientes a dañar bienes jurídicos, siempre que ya se hayan realizado actos de ejecución del delito. La fase interna comprende tres etapas:

⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 344.

a) Proposición de un fin

Es cuando el sujeto activo, se propone anticipadamente la realización de un fin⁸⁶. Ejemplo: el licenciado Roberto Cervantes -Juez- se propone condenar una persona a sabiendas que esto sería una sentencia contraria a la ley.

b) Selección de medios

En esta etapa, el autor analiza que medios u objetos utilizarán para lograr su finalidad delictiva. Para el caso concreto del Prevaricato, variará según la modalidad que elija porque se trata de un delito de medios indeterminados.

c) Consideración de efectos concomitantes

Son todos los efectos secundarios o colaterales que pueden surgir de la realización de la acción, a través del medio seleccionado.

La consideración de estos efectos puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización⁸⁷.

2. Fase Externa

Se desarrolla en el mundo exterior, en virtud de la cual el autor realiza su obra en la vida fenoménica. Pone en marcha, conforme a su plan, el proceso causal, dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta;⁸⁸ los medios de la acción anteriormente elegidos, en el cual el resultado es una sentencia contraria a la ley o fundada en hechos falsos junto con los efectos concomitantes que han sido admitidos.

⁸⁶ Francisco Muñoz Conde. (2008). Teoría General del Delito. Editorial Temis S. A. Bogotá, Colombia. Pág. 9.

⁸⁷ *Ibíd.* Pág. 9.

⁸⁸ *Ibíd.* Pág. 9.

Iniciados los actos de ejecución, pueden concurrir dos consecuencias: que se ejecute el delito y que no lo logré, resultando un delito tentado.

Elementos Negativo de la Acción

La Acción es un presupuesto indispensable para la existencia de un delito, en Derecho Penal se entiende que concurre Ausencia de Acción, en aquellos casos que existiendo un hecho externo, hay una carencia de voluntad que lo haya dirigido; porque la persona involucrada sólo ha tomado parte físicamente en el hecho, pero sin intervención de voluntad consciente en la conducción de dicho proceso causal.

Puesto que el Derecho Penal solo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad.⁸⁹ En cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Los hechos realizados por los animales

En la antigüedad, en algunas de las legislaciones de los países se llegó a creer en el absurdo de que los animales y aun los seres inanimados podían ser sujetos activos de la realización de los delitos.⁹⁰

En la actualidad no es difícil concebir al ente humano como la única criatura capaz de cometer delitos, porque la capacidad de delinquir solo reside en los seres racionales.

Distinto es que sean utilizados como instrumento por parte del hombre, en cuyo caso el que actúa es este y no el animal.⁹¹ Lo dicho en relación a los animales, también es válido respecto de los objetos o cosas materiales.

⁸⁹ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág. 218.

⁹⁰ Eduardo López Betancourt (2008). **Teoría del Delito**. Decimo quinta edición. Editorial Porrúa. México. Pág. 34.

⁹¹ Fernando Velásquez Velásquez. Óp Cit. Pág. 356.

2. Los Actos de las Personas Jurídicas o Entes Colectivos

Cuando en el Derecho se menciona la expresión “persona jurídica” se alude a un concepto técnico que, desde el punto de vista específico cobija tanto a los entes colectivos como a los seres humanos que también tienen la capacidad de tales, desde ángulo jurídico-positivo tanto unos como otros tienen capacidad para ser titulares de derechos y deberes; sin embargo, aquí no se trata de la actividad de las personas jurídicas humanas sino que las colectivas estén o no dotadas de tal investidura.⁹²

Ahora bien, los actos realizados por estos entes colectivos que encierran el despliegue de una capacidad de acción desde la perspectiva de otros sectores del orden jurídico no tienen trascendencia penal, por el imperio del principio del acto y como es de suponer, la que actúa es la persona física o natural que obra en su nombre, por tanto “la acción fáctica natural, dominada por la voluntad, única que interesa al Derecho Penal para la constatación de la realización del tipo, no ha podido ejecutarla la persona jurídica, sino solo la persona física que ha obrado y contratado en su nombre –Órgano o Representante de la Persona Jurídica-”.

3. Las Actitudes, los pensamientos las intenciones y todas las emociones que permanecen en el interior de la persona

No son conductas con trascendencia penal⁹³, porque en este rige el axioma atribuido a Ulpiano, según el cual *cogitationis poena mnemopatitur* – Que nadie tenga pena por sus pensamientos-; mientras ellos no trascienden al mundo exterior en forma de acción u omisión, jamás podrán ser punibles.

4. Fuerza Física Irresistible

⁹²Ibíd. Pág. 356.

⁹³Ibíd. Pág. 356.

Es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente.⁹⁴ Es el evento donde el cuerpo del hombre obra como una verdadera masa mecánica produciéndose una anulación de la voluntad, derivada de la presencia de una fuerza irresistible, originada tanto en un fenómeno de la naturaleza -externa-, en la actividad de otra persona o en el sujeto mismo -interna-.

Para que sea una causa de ausencia de acción, debe ser una fuerza absoluta, de tal forma que no deje ninguna opción a quien la sufre; por tal razón, se le conoce también como vis absoluta. Puede provenir de la naturaleza o de un tercero, lo importante es que provoca que una persona actúe sin capacidad de control.

En el delito de Prevaricato por necesitar la presencia de la voluntad del agente no se puede dar esta ausencia de acción, porque para la consumación del ilícito se requiere total dominio sensorial por parte del Juez, Secretario o arbitro para causar el resultado perseguido-Resolución o Sentencia contraía a la ley o fundada en hechos falsos, dirigir el proceso o dictar una sentencia por negligencia o ignorancia inexcusable- por lo que no se trata de circunstancias que no tiene que ver con acciones que impliquen la fuerza de una persona sobre otra sino más bien de condiciones intelectuales y consientes.

5. Movimientos reflejos.

Se refiere a los movimientos instintivos de defensa, no constituyen acción porque en estos casos el movimiento no está controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin la intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.⁹⁵

⁹⁴Francisco Muñoz Conde. Óp. Cit. Pág. 13.

⁹⁵Ibíd. Pág. 13.

No constituye acción porque el movimiento no está controlado por la voluntad.

Respecto al ilícito en indagación, el Juez no puede dictar sentencia injusta o contraria a la ley a causa de un movimiento instintivo porque se requiere de acciones complejas como: redactar, escribir, firmar, dirigir, las cuales no pueden hacerse con un simple estímulo o por instinto.

6. Estados de Inconsciencia

Ocurre cuando se presenta una completa ausencia de actividades de las funciones mentales superiores del hombre; aquellas situaciones donde la persona se encuentra desconectada del mundo exterior; en la mayoría de casos, no tiene respuesta a ningún estímulo, pero la respiración y el pulso están presentes, la ausencia de la conciencia debe ser plena.

En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente no pueden considerarse acciones penalmente relevantes.⁹⁶

Hay distintas situaciones en las que se puede encontrar una persona inconsciente: Sueño natural fisiológico o provocado, sonambulismo⁹⁷, embriaguez letárgica⁹⁸, las fiebres muy elevadas, catalepsia⁹⁹ y otros, son estados fisiológicos que impiden o anulan la capacidad de movimiento del individuo que en esas situaciones carece de voluntad y serán fuente de omisiones. Estos estados de inconsciencia absoluta dan lugar a la falta de

⁹⁶ *Ibíd.* Pág. 14.

⁹⁷ El sonambulismo: es un trastorno de la persona que padece sueño anormal, durante el cual se levanta, anda, habla y realiza ciertos actos que no recuerda al despertar.

⁹⁸ La embriaguez letárgica: Turbación pasajera de los sentidos por el exceso de alcohol ingerido, constituye el grado máximo y da lugar a un estado de inconsciencia o sueño que excluye la propia presencia de un comportamiento humano voluntario.

⁹⁹ catalepsia: -del griego katálipsis "suspender"- es un trastorno repentino en el sistema nervioso caracterizado por la pérdida momentánea de la movilidad y de la sensibilidad del cuerpo. Durante este estado el cuerpo permanece paralizado, que se pone en evidencia con la movilización pasiva de los segmentos de los miembros.

acción, siendo la conciencia totalmente suprimida o aniquilada resultando indiferente si la voluntad del agente participó en la génesis de la inconsciencia.

Sin embargo, si el estado que priva la voluntad puede ser evitado o si pueden ser impedidos los resultados ocurridos durante el tiempo en que se mantiene, existirá responsabilidad.

Al producir una completa ausencia de actividad en las funciones mentales del hombre, no es posible que se cometa el delito de Prevaricato, debido que las conductas que describe el tipo, requieren que el autor tenga la capacidad plena para dictar una resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, dictar una sentencia manifiestamente injusta o dirigir el proceso.

7. Casos fortuitos

Son *aquellos acaecimientos en los que no influye la voluntad del agente, por tratarse de accidentes no imputables a un obrar doloso o culposo de su parte*¹⁰⁰ actuar sino productos de factores distintos de su influjo voluntario en el mundo circundante, constitutivos de un accidente o casos fortuitos.

El ilícito en indagación requiere de actuaciones dolosas en las primeras dos modalidades-dictar resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos y dirigir el proceso-, y en la tercera modalidad se requiere de un actuar imprudente, por consiguiente no es susceptible que el Magistrado, Juez, Arbitro o secretario puedan alegar esta ausencia de acción.

3.2.2.2 TIPICIDAD

Es necesario hacer distinción, entre *tipo penal y tipicidad*.

¹⁰⁰ Fernando Velásquez Velásquez. Óp Cit. Pág. 359

El tipo penal es la descripción abstracta de un hecho socialmente nocivo al que la ley conmina con una pena. Generalmente se establece en la parte especial de un Código Penal o bien en leyes especiales –Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, Ley contra el lavado de dinero, etc.-. El proceso de adecuación de un hecho a ese supuesto hipotético-normativo se denomina: Juicio de *tipicidad* -aunque algunos solamente le denominan: *tipicidad*-.¹⁰¹

Los comportamientos humanos solo pueden generar responsabilidad penal, en la medida en que éstos sean subsumibles en una descripción legal; como consecuencia del Principio de Legalidad,- establecido en el Art. 15 Cn, y Art. 1 C. Pn, -el cual estipula que *“Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta...”* cada una de las infracciones penales que se pretenden castigar deben estar “tipificadas”.

Los tipos penales están compuestos por elementos objetivos y subjetivos; el objetivo es una conducta exterior realizada por una persona, en el Prevaricato se expresa a partir de los verbos: “dictar y dirigir” pero, no solo es necesaria la existencia de un acto exterior para que se cumpla la situación enunciada en el tipo penal, siendo ineludible que existan elementos subjetivos: el conocimiento y la voluntad -dolo- de realizar la conducta descrita.

Tipo Objetivo

- Elementos Objetivos Descriptivos –Esenciales-

a) Conducta Típica

¹⁰¹ Consejo Nacional de la Judicatura (2001). Programa de Formación para Jueces (PFI) Texto de Estudio para la Prueba de Conocimiento del PFI. Pág. 235.

En todo tipo hay una conducta, entendida como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo, es decir, su elemento más importante.¹⁰²

La acción y la omisión cumplen por tanto, la función de elementos básicos de la Teoría del Delito, solo en la medida en que coincidan con la conducta descrita en el tipo de la correspondiente figura de delito, serán penalmente relevantes.

❖ **Conducta activa - Acción-**

El delito de Prevaricato, por ser un delito compuesto alternativo estipula tres modalidades comisivas que a continuación se explicaran:

1. Primera modalidad

“El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.

Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión.

Lo dispuesto en el inciso primero será aplicable, en su caso, a los árbitros.”

La primera forma para cometer Prevaricato según el artículo 310 del C. Pn. esta designada al cometimiento activo por parte del sujeto, debido al verbo rector *Dictar*. La resolución que el Magistrado, Juez o Árbitro dictaran puede ser contraria a la ley o fundada en hecho falsos.

Según la doctrina el prevaricato puede ser de derecho y de hecho.

a) Prevaricato de derecho

¹⁰² Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág. 260.

La injusticia de la resolución no puede determinarse más que desde la perspectiva de la legalidad. Por lo tanto, será aquella sentencia o resolución que infringe el derecho y que de una manera manifiesta, evidente e incuestionable está en contradicción con el ordenamiento jurídico.¹⁰³

Las resoluciones que se motiven con criterios fuera de los aceptados, que sean contrarios a las interpretaciones del derecho aplicable, serán resoluciones prevaricadoras, por tanto cuando el Juez motive la resolución con una interpretación del derecho podrá ser prevaricadora.

b) Prevaricato de hecho

El delito también puede consistir en la invocación falsa de los hechos, sin perjuicio de que se debe tener en cuenta el margen de interpretación que tiene el juez. Para que se cometa el delito el juez debe citar para fundar el fallo o el auto un hecho o resolución falsos.¹⁰⁴

Para que sea imputable que el juez falló en atención a un hecho falso, debe de constatar que el juzgador tenía conocimiento que los hechos eran falsos y que no existen o existieron de manera diferente.

Una sentencia es *contraria a la ley* cuando se falla fuera del ordenamiento jurídico aplicable al caso y que no concuerda con las pruebas presentadas en el proceso o no tiene congruencia, por ejemplo un sujeto que es procesado por Homicidio Agravado al matar a su madre, el Juez lo condena por Homicidio imprudente debido a que le fue otorgado una dativa para que dictara una pena menor a la correspondiente.

La sentencia fundada en hechos falsos será cuando se haga referencia a que la motivación de la decisión del juez es en una prueba que no existió o que el formula un significado diferente a una prueba o hecho existente. Ejemplo: el Juez se concierta con una de las partes a que ofrecerá

¹⁰³ Edgardo Alberto Donna. Óp Cit. Pág. 417.

¹⁰⁴ *Ibíd.* Pág. 419.

un testigo que jamás presencio los hechos y en la sentencia se toma en cuenta la testificación para otorgar la libertad a un sujeto.

Cuando el Juez o Magistrado dictan la resolución o sentencia contraria a la ley o fundada en hecho falsos, para que se configure el delito de prevaricato tienen que existir el soborno o interés personal que motiven al juzgador que a sabiendas manipulara el fallo.

Se debe entender por soborno la dádiva que recibe o solicite el Juez para dictar una resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, es decir, un importe económico que el juez actuando de mala fe acepte para dar su decisión. Es necesario hacer referencia que un Juez no puede ser sobornado, sin embargo se entiende que la conducta que describe hace referencia a que el juzgador acepte o solicite una cuantía monetaria.

La penalidad de la primera modalidad experimenta agravación cuando se otorga sentencia condenatoria en causa penal, aumentando de 3 a 6 años de prisión a 3 a 10 años. Por ejemplo; el Juez de sentencia condena a una persona que es procesada por Violación Agravada cuando en realidad debía ser condenado por Estupro, motivado por un interés personal de condenar al sujeto que con anterioridad causo daño a un familiar.

Como última parte de la primera modalidad, se norma que será aplicable también a los árbitros; que según la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en el artículo 5 pueden ser: Arbitraje en derecho, equidad o técnico.

El Arbitraje en derecho es aquél en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente.

El Arbitraje en equidad o de amigables componedores es aquél en que los árbitros proceden con entera libertad, deciden según sea más conveniente al interés de las partes, sin atender más que a su conciencia, la verdad y la buena fe.

En cambio, cuando los árbitros pronuncien su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

El laudo arbitral firme tiene la misma fuerza y validez de una sentencia judicial ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada según el artículo 63 de la mencionada Ley.

2. Segunda Modalidad

“Se tendrá como Prevaricato el hecho de que un magistrado juez o secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.

Los que incurran en este delito serán sancionados con prisión de uno a tres años”.

Esta conducta se configura como activa por el verbo rector que norma: *dirigir*, que va mas allá de un asesoramiento, es como una especie de patrocinio infiel, lo relévate es que se está litigando por medio de otra persona.

En esta forma de cometer prevaricación, el Magistrado y Juez siguen normándose como sujetos activos del ilícito, se excluye al Árbitro y se incorpora el Secretario Judicial.

Los sujetos activos pueden personalmente dirigir el proceso o la diligencia, así como también, hacerlo por otra persona. Como por ejemplo el juez que por la Secretaria Judicial asesora a un amigo defensor que esta representando a un imputado en el Tribunal donde el juez labora, por medio

de la Secretaria el abogado obtiene las técnicas y teoría del caso que maneja en la defensa.

Esta modalidad puede ser cometida en el espacio geográfico en que el Juez o Secretario desempeñen sus funciones –Juzgados- o en algún otro. Lo relevante es que el sujeto activo proporcione ventajas a una de las partes direccionándolo en el proceso.

3. Tercera Modalidad

“El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”.

La última modalidad prevaricadora es constitutiva de acción correspondiéndose con la primera al normar *dictar*, con la diferencia que se dictara una sentencia y no una resolución.

La negligencia o ignorancia inexcusable son los supuestos para que se dicte la sentencia, excluyendo que sea a sabiendas, se está frente a aquel sujeto que desconoce los preceptos legales, se trata de todas aquellas sentencias que evidentemente manifiestan un craso error cometido por el Juez; dentro de esta conducta la sentencia puede ser dictada en cualquier tipo de juicio de las ciencias jurídicas.

Ejemplo: el Juez de lo Civil y Mercantil que no ordena la anotación preventiva de un inmueble en un proceso ejecutivo a tiempo por lo que el dueño al darse cuenta que existe proceso en su contra vende el inmueble y el Juez por la negligencia dicta sentencia en la que hace contar que no se puede cumplir la obligación.

En esta modalidad por requerir que es un acto de las funciones jurisdiccionales del juez, se infiere que se dará en las instalaciones de un

juzgado al igual que en la primera modalidad-dictar resolución contraria a la ley- sin embargo, el artículo 138 del C. Pr. Pn. disciplina que *el juez o tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio nacional. Cuando se trate de un hecho que ha tenido repercusión local y el juez o tribunal lo estime prudente, se procurará realizar la vista pública en el municipio donde el delito se ha cometido, siempre que con ello no se dificulte el ejercicio del derecho de defensa, se ponga en riesgo la seguridad de los intervinientes o se pueda producir una alteración significativa de la tranquilidad pública.*

❖ **Conducta Omisiva -Omisión-**

Con la conducta omisiva se violentan -en Derecho Penal-, las normas imperativas o de mandato. La Omisión *la no realización de la acción mandada por la norma; es prescindir de realizar un hecho que el sujeto debía realizar y que podía hacer, es la infracción de un deber.*

Tipos de Omisión:

- **Delitos de Omisión Propia:** conocida también como omisión simple o pura. Esta forma de omisión consiste simplemente en la infracción de un deber de actuar.¹⁰⁵ Surge en el plano objetivo, de la presencia de una situación real de peligro -persona desamparada y en peligro manifiesto y grave- , que exige una intervención. La no prestación de una intervención posible, esperada, y sin riesgo propio ni de tercero, determina el cumplimiento de los elementos objetivos del injusto omisivo.
- **Delitos de Omisión Impropia:** se conocen también como delitos de Comisión por Omisión. Se da en los delitos de resultado, en el que la consecuencia producida debe ser imputada al sujeto de la omisión,

¹⁰⁵ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág. 241.

por no haberlo impedido teniendo el deber de hacerlo, al encontrarse en una posición de garante, frente al que sufre el daño. –Art. 20 C. Pn. Como consecuencia de que la estructura omisiva es aquí equiparada a una estructura activa, requiere que el bien jurídico se afecte de la misma forma que en el caso de la estructura activa.¹⁰⁶

El Prevaricato no se puede cometer por omisión, porque las modalidades comisivas están constituidas por conductas activas: dictar y dirigir.

b) Sujetos

Los tipos penales suponen la existencia de dos sujetos, que se encuentran en una determinada relación recíproca: el sujeto activo -es la persona que realiza los elementos objetivos del tipo, es decir, quien mediante una acción u omisión, pone en marcha el curso causal, produciendo un resultado-, el sujeto pasivo –el titular del bien jurídico penal atacado por el sujeto activo.

En ocasiones intervienen otros sujetos en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito, como el caso de los partícipes.

❖ Sujeto Activo

El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada.¹⁰⁷

Es la persona que lleva a cabo la conducta tipificada en la ley, en términos generales el que infringe la ley penal, sea con el pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando su resultado, dolosamente; o en

¹⁰⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni. (2008) **Manual de Derecho Penal Parte General**. 2ª edición, Buenos Aires Argentina. Pág. 447.

¹⁰⁷ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág. 259.

caso contrario sin finalidad dañosa, pero sin atender a las normas de cuidado, en los delitos imprudentes.

Según el artículo 310 del Código Penal los sujetos activos del ilícito de prevaricato pueden ser:

- **Magistrado o Juez**

En sentido amplio se denomina así a todo miembro integrante del Poder Judicial, encargado de juzgar los asuntos sometidos a su jurisdicción.

Tales magistrados están obligados al cumplimiento de su función de acuerdo con la Constitución y las leyes, con las responsabilidades que las mismas determinan.

En sentido restringido, suele llamarse *juez* a quien actúa unipersonalmente, a diferencia de los que actúan colegiadamente y que suelen llamarse ministros, vocales, camaristas o magistrados.¹⁰⁸

El término Magistrado hace referencia a las personas que integran la Honorable Corte Suprema de Justicia y a los de la Cámara de Segunda Instancia. El de Juez, en cambio, hace alusión a los que integran los juzgados de Primera Instancia en general: Jueces de Sentencia, de Instrucción y de Paz; quienes ejercen la función jurisdiccional por mandato Constitucional.

Los términos Magistrados y Juez se adoptan como sinónimos en la descripción típica del artículo 310 del Código Penal a efectos de considerarlos sujetos activos del ilícito, esto es porque ambos se encargan de emitir las resoluciones que resuelven los conflictos sometidos a su conocimiento.

¹⁰⁸ Víctor de Santo. (1995) **Diccionario de Derecho Procesal**. Editorial Universitaria, Segunda edición, Buenos Aires Argentina. Pág. 203.

- **Arbitro**

Es la persona designada por las partes para otorgar una solución arbitral a un litigio. No es un funcionario del Estado, ni desempeña o ejerce función jurisdiccional.

El Código Procesal Civil y Mercantil otorga al laudo arbitral los mismos efectos que una sentencia judicial¹⁰⁹, al igual que en la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje.¹¹⁰

- **Secretario Judicial**

Es un empleado público según el artículo 39 del Código Penal porque son servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico; puede incurrir como sujeto activo del delito de Prevaricato en la modalidad de comisión que se necesita el direccionamiento del proceso o diligencia de un tribunal.

Dentro del ordenamiento jurídico el secretario judicial tiene el rango de autoridad del Estado, con funciones propias e independientes de las de los Jueces y Magistrados. Su figura se encuentra regulada en la Ley Orgánica Judicial.¹¹¹

¹⁰⁹ Artículo 554 Títulos de ejecución nacionales. Para que la ejecución forzosa tenga lugar, a fin de garantizar el resultado de un proceso, dar efectividad a la protección jurisdiccional otorgada en el proceso declarativo, se necesita un título que la lleve aparejada. Son títulos de ejecución: 1°. Las sentencias judiciales firmes. 2°. Los laudos arbitrales firmes....

El régimen jurídico aplicable al árbitro se encuentra disciplinado en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, creada mediante Decreto Legislativo N° 914 Tomo 356, de fecha 11 de julio del año 2002, Publicado en el Diario Oficial 153 de fecha 21 de agosto del año 2002.

¹¹⁰ Efectos. Art. 63.- El laudo arbitral firme tiene la misma fuerza y validez de una sentencia judicial ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada; se tendrá por notificado a las partes en la audiencia que los árbitros citarán para efectos de dictarlo, bien sea que ellas asistan o no a dicha audiencia. Del laudo se entregará copia auténtica a cada una de las partes.

¹¹¹ Título IV, De los demás Funcionarios y de los Empleados Capítulo I, De los Secretarios de la Corte Suprema de Justicia y de las demás Cámaras de Segunda Instancia Art. 66 y siguientes.

Estos se desempeñan con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad en todo caso, en el ejercicio de la fe pública judicial, así como al de unidad de actuación y dependencia jerárquica en todas las demás que les encomienden la Ley y las normas de procedimiento respectivo.

En síntesis, el sujeto activo del Prevaricato no puede ser cualquier persona, porque la estructura del tipo exige al sujeto activo que tenga la cualidad de ser Juez, Magistrado, Árbitro o Secretario Judicial configurándose como un tipo penal especial propio.

❖ **Sujeto Pasivo**

Titular del bien jurídico es el sujeto pasivo. No siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal con el sujeto sobre el que recae la acción típica.¹¹² Titular del derecho dañado o puesto en peligro; no debe confundirse con el perjudicado: la persona que recibe el perjuicio o menoscabo directo como consecuencia de la conducta desplegada por el agente, aunque muchas veces las dos calidades coinciden.

Al cometer conductas prevaricadoras se pone en peligro el buen funcionamiento de la administración de justicia, por tanto, el sujeto pasivo es el Estado, al estar en manifiesto peligro la correcta función jurisdiccional que debe desempeñar el Juez en los procesos de su conocimiento, para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos que demandan justicia. El estado es quien delega a personas físicas para que en su nombren dicten justicia.

c) Bien Jurídico

Son aquellos presupuestos básicos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad, son valores de mayor trascendencia social, que la ley quiere proteger de las acciones que puedan

¹¹² Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág. 262.

dañarlo, son intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el derecho penal. Von Liszt, lo define como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico.

La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos.¹¹³

El delito en análisis, es un tipo monoofensivo porque tutela el Buen Funcionamiento de la *Administración de Justicia* de aquellos comportamientos fuera de los parámetros legales aceptables para fundamentar una decisión judicial por parte de Magistrados, Jueces, Árbitros y al propiciar ventaja para una de las partes al dirigir el proceso por Jueces y Secretarios Judiciales.

d) Objeto Material

Es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica¹¹⁴, puede ser una persona, cosa material o inmaterial decir, puede tratarse de un ser humano, una persona jurídica, un ente colectivo o estatal, o toda cosa de carácter material o no. El objeto puede ser real o personal.

En el ilícito en estudio, en la primera y tercera modalidad comisiva¹¹⁵ el objeto de la acción no es correspondiente con el bien jurídico como en otros delitos, en el Prevaricato el objeto sobre el que recae la acción es la resolución o sentencia que emite el prevaricador en nombre y representación

¹¹³ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág. 261.

¹¹⁴ Ibíd. Pág. 262.

¹¹⁵ Supra. Pág. 85 y 89.

del Estado. Y en la segunda modalidad comisiva la acción recae en la persona por medio de la cual se dirigiendo el proceso.

e) Nexo Causal

Es el vínculo existente entre la acción y el resultado, que permite en el ámbito objetivo, imputar al autor de la conducta los efectos producidos, siendo entonces dicha relación presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad por el resultado producido.

Como se ha expuesto, el presente tipo penal es un delito de simple o mera actividad¹¹⁶, el cual se consume con la sola realización de la conducta descrita por el legislador, por tanto, no existe un nexo causal entre la acción y el resultado.

f) Resultado

Todo comportamiento humano se manifiesta en el mundo exterior generando efectos de tipo físico e incluso psíquico, por lo cual no hay conducta humana sin efectos o resultado.

Un resultado por sí solo no puede infringir las normas jurídicas ni ser contrarias a derecho, significa que no puede existir un resultado sin una previa acción, pero no es necesario que ésta cause una lesión real.

Al considerar el Prevaricato, es un delito de mera actividad se cierra la posibilidad de un resultado comprobable espacio-temporalmente, ello no implica que puedan surgir consecuencias¹¹⁷ producidas de tal conducta.

Elementos Objetivos Descriptivos -No Esenciales-

¹¹⁶Supra pág. 63.

¹¹⁷ Inseguridad Jurídica, desconfianza en la Administración de Justicia, afectación del perjudicado en la relación jurídico procesal por la resolución injusta o contraria a la Ley.

No todos los tipos penales determinan con exactitud, las condiciones de tiempo, lugar o los medios de que debe valerse el autor para realizar la conducta descrita en la norma, es por ello que la intervención de estos es de carácter accidental, no obstante en los que sí se estipulan se tornan esenciales.

a) Tiempo

En algunos Tipos Penales es ineludible que se ejecuten en espacios de tiempo predeterminados por la ley penal.

El tipo penal de Prevaricato solo puede cometerse en el momento de dictar la sentencia o resolución y en el transcurso del proceso cuando el supuesto se refiere a dirigir a las partes en el juicio, el elemento temporal es necesario para la consumación del delito de prevaricato porque no se puede cometer en cualquier hora y día, solo en el transcurso del tiempo que dura el proceso.

b) Lugar

Hay tipos penales que para la adecuación de la conducta típica hacen referencia específica al lugar en que se debe ejecutar la acción; no obstante, no todos los tipos penales necesitan de este elemento, algunos pueden realizarse en cualquier lugar.

En el caso del Prevaricato no hace alusión a algún lugar indispensable para la realización de la acción, pero puede inferirse que la primera y tercera modalidad comisiva requiere que el lugar en que se ejecute la acción sean los Juzgados -lugar donde se desempeña el cargo- para realizar las audiencias, o cualquier acto jurisdiccional del Juez, no obstante, esto no prohíbe la posibilidad que el juez pueda constituirse en cualquier lugar del territorio y realizar la Vista Publica –Artículo 138 Pr Pn.¹¹⁸

¹¹⁸Art. 138.- Lugar: El juez o tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio nacional. Cuando se trate de un hecho que ha tenido repercusión local y el juez o tribunal lo estime prudente, se

En la segunda modalidad la acción de “dirigir” el Proceso el tipo deja abierta la posibilidad que pueda ser ejecutada tanto en los respectivos juzgados como en cualquier lugar del territorio.

c) Medio

Existen delitos que exigen, para la adecuación típica, que el autor haya realizado su acción disvaliosa utilizando determinados medios o instrumentos.

Para la consumación de un ilícito pueden ser utilizados como medios los objetos, las personas, cuando se manipulan como instrumento para la consumación del ilícito penal.

Como se ha expuesto en la segunda parte de este Capítulo el Prevaricato es un delito resultativo o de medios indeterminados¹¹⁹, porque no establece un medio específico para su consumación por tanto este elemento no es esencial para su correspondiente adecuación típica.

Elementos Normativos

Son aquellos que además de ser propios de la acción, requieren un juicio valorativo para su comprensión; pueden ser de carácter jurídico, social o cultural.

La disposición legal que regula el Prevaricato vincula conceptos de carácter socio-cultural que necesitan una valoración para asignarle su alcance o significado:

procurará realizar la vista pública en el municipio donde el delito se ha cometido, siempre que con ello no se dificulte el ejercicio del derecho de defensa, se ponga en riesgo la seguridad de los intervinientes o se pueda producir una alteración significativa de la tranquilidad pública. En estos casos, el secretario del tribunal acondicionará una sala de audiencia apropiada y para ello recurrirá a las autoridades para que le presten todo el apoyo necesario para el normal desarrollo de la vista pública.

¹¹⁹Supra. Pág. 65.

- **A sabiendas:** con conocimiento de lo que se hace y de lo que puede producir.
- **Dictar:** decir algo para que otro lo escriba. Pronunciar un fallo o sentencia.
- **Soborno:** corrupción de alguien por medio de dadas o regalos por inducirlo a obrar mal.
- **Interés personal:** concurre cuando la actuación administrativa para la que se predica su función puede producir consecuencias en la esfera jurídica del actuante o le puede reportar cualquier clase de beneficio o ventaja personal.
- **Dirigir:** Dirigir a uno en un asunto.
- **Manifiestamente injusta:** aquellas sentencias que evidentemente manifiestan un craso error cometido por el funcionario.
- **Negligencia:** significa abandono, descuido, omisión. Falta de aplicación o exactitud.
- **Ignorancia inexcusable:** implica el desconocimiento de aquello que ha de saberse por elemental o esencial en el cargo o función que se desempeña.

Elementos Subjetivos

Para que un acto sea típico no solo es necesario la existencia de elementos objetivos del tipo, sino también la concurrencia de elementos subjetivos -Dolo e Imprudencia- que tienen lugar en el interior o en la conciencia del autor, debido a que si solo se analizan los elementos tangibles para adecuarlo al tipo penal se estaría frente a la Responsabilidad Penal Objetiva, en virtud de la cual puede atribuírsele responsabilidad penal a una persona a partir del resultado sin tomar en cuenta la dirección de su voluntad, en la legislación penal Salvadoreña la Responsabilidad penal

Objetiva está prohibida de acuerdo a lo que expresa el artículo 4 del Código Penal.

a) El Dolo

*Es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración*¹²⁰. A partir de esta definición, se deduce que el sujeto que actúa dolosamente debe no sólo saber lo que hace, sino además, quererlo; de lo cual se infiere la concurrencia de dos elementos:

Elemento Cognitivo: el sujeto de la acción debe saber que es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica¹²¹. Por tanto, hace referencia al conocimiento de los elementos objetivos del tipo.

Elemento Volitivo: la voluntad a la que se hace alusión no es genérica, sino la de querer realizar todos los elementos objetivos del tipo; es la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico.

En relación al ilícito penal objeto de estudio el sujeto activo tiene conocimiento de los elementos objetivos del tipo –acción, resultado, nexo causal, objeto-, entendiéndose la frase “a sabiendas” descrita en el tipo, como el elemento cognitivo y el querer realizar los elementos del tipo, que constituye la presencia del elemento volitivo.

Para que se configure este delito no es suficiente la concurrencia de los elementos objetivos, sino que es necesaria la presencia de elementos subjetivos, concretados en la malicia con que proceda el Juzgador a quien se le imputa el ilícito penal; por tanto el Prevaricato en sus modalidades dolosas

¹²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni. Óp Cit. Pág. 403.

¹²¹ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág. 268.

-primera y segunda-, está constituido, no solamente por el conocimiento que tiene el Juez de los hechos sometidos a su decisión, sino también por sus propios conocimientos y la voluntad de obrar en contra de ellos.

- **Dolo directo o de primer grado**

Se da cuando el autor ha querido la realización del tipo objetivo y ha actuado con voluntad dirigida. Es donde se presenta más intensamente el elemento volitivo. Supone que el propósito, intención o finalidad que persigue el agente, es precisamente la realización de los elementos de un ilícito.

El término *a sabiendas* del artículo 310 del C.Pn. hace referencia al conocimiento que el juzgador tiene al omento de dictar la resolución; prevarica quien hace pasar como derecho algo que positivamente sabe que no es, aquel que funda su decisión en hechos o resolución teniendo el conocimiento de su falsedad y quiere hacer pasar por verdadero.

- **Dolo indirecto o de segundo grado**

Es cuando en la realización del hecho aparecen otros resultados concomitantes, aunque estos no hayan sido la meta del autor, porque de todas maneras están ligados a la conciencia de éste de una forma necesaria, unida al resultado principal que pretende.

- **Dolo eventual ó Probable**

Si la realización de un efecto concomitante a la materialización del tipo no es necesaria sino sólo posible tendrá que analizarse la actitud que ha asumido el autor ante esa eventual realización.

En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización.¹²²

¹²²Ibíd. Pág. 271.

La exigencia de que el Juez actúa a sabiendas, es considerada como indicativa de que no se trata tan solo de un delito doloso, sino que precisa su realización con dolo directo, equivaliendo a la conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia con malicia y verdadera conciencia de su injusticia, porque el mero error en la aplicación de la Ley no integra este delito, es preciso que el sujeto conozca y le conste que la resolución que dicta es injusta por ser contraria a la Ley o fundada en hechos falsos y que a pesar de ello se dicte conscientemente.

La primera y segunda modalidad de comisión del ilícito penal prevaricato, solo pueden ser cometidas mediante dolo directo, en la primera se exige que la conducta típica sea realizada “a sabiendas” que se interpreta como equivalente al dolo directo, pero además la redacción del texto hace evidente que el sujeto activo ha de ser consciente y querer realizar la resolución injusta que es lo que ocurre en igual forma en la segunda modalidad de la prevaricación judicial, en la que el sujeto activo ha de ser consciente del régimen de incompatibilidades y de que su actividad lo infringe.

Elementos Subjetivos Distintos del Dolo

A pesar que el dolo es el componente central subjetivo del tipo, es posible encontrar en el código penal, distintos delitos que requieren determinados contenidos de índole subjetiva diferentes de él:

Animo

Se trata de una actitud subjetiva del autor; que pueden ser: Ánimo de lucro¹²³, Animo Lascivo o Lubrico¹²⁴ y Ánimo de injuriandi,¹²⁵ entre otros.

¹²³Es la intención de una persona de incrementar su patrimonio mediante un acto jurídico legal o ilegal.

¹²⁴Es la tendencia a involucrar al menor o incapaz en un contexto sexual.

¹²⁵Es la intención o ánimo de injuriar, de ofender, de deshonrar o desacreditar a una persona.

Autoría

Junto al Dolo en algunos tipos penales se requiere que el autor además de haber querido la realización de la conducta típica haya perseguido una finalidad ulterior. Son elementos que suponen en el autor un determinado propósito, intención, motivación o impulso, que se suma al conocimiento y voluntad de la realización del tipo, se considera un plus porque va más allá de lo que quiere lograr el autor, una meta diferente a la realización del tipo objetivo.

Para la configuración del tipo de Prevaricato, no se requiere la existencia de estos elementos subjetivos distintos del dolo en el sujeto activo, únicamente el tipo subjetivo –Dolo-.

Error de Tipo

El error es una falsa apreciación de los elementos objetivos del tipo penal. Hay una discordancia entre la conciencia del agente y la realidad, supone que el autor se represente de manera equivocada lo existente –falta de conciencia pero la realidad existe-. El error será de tipo cuando no existe conocimiento de que se realizan algunos o todos los aspecto objetivo del tipo.

Recae sobre los elementos del tipo objetivo, en todos los casos elimina el dolo, restando solo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible –y siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito de que se trate-.¹²⁶

El error excluye el dolo y la responsabilidad penal, en atención de si este es vencible o invencible, lo que responde al grado o capacidad de evitación.-Artículo 28 C. Pn.-

- Error Vencible

¹²⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni. Óp Cit. Pág. 413.

Cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo subjetivo¹²⁷. Es decir, el agente pudo evitarlo de alguna manera, pero ocurre un error por falta de cuidado o diligencia debida -obró negligentemente-; la realización de su conducta en efecto no será dolosa, pero si imprudente, en otras palabras, el error vencible excluye el dolo y deja subsistente la culpa, en consecuencia la responsabilidad penal del sujeto será atribuida por delito imprudente siempre y cuando este sancionado como tal en la ley Penal.

Si el error existe pero fue producto de negligencia, descuido o desatención, el Juez debió o pudo haberlo superado por su condición personal y de las circunstancias en que actuó, en este caso se está ante un error de tipo vencible, por haber incumplido reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico.

Ejemplo: cuando el Juez da lugar un recurso de revisión de sentencia firme condenatoria por la causal: cuando después de la sentencia sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible. Otorgando sentencia valorando un testigo que anteriormente declaro hechos contrarios a los que manifiesta en la revisión.

- **Error Invencible**

Llamado también inevitable, es el error de quien actuando con la diligencia debida no hubiese podido salir de él, porque el agente no le era posible superarlo dentro de las posibilidades de la vida social. Este error elimina tanto la tipicidad dolosa como la culposa.

¹²⁷ Ibíd. Pág.413.

Error sobre el Objeto

En este se confunde a la persona contra quien se pretende realizar la acción, ejerciéndola contra una distinta, se distinguen dos supuestos:

- **Cuando el error versa sobre la persona que goza de protección especial.**

El hecho merece una cualificación distinta a la que hubiese correspondido al que se quería ejecutar; por ejemplo: Si Pedro planea matar a su vecino, pero por error se confunde y mata a su padre. En este caso el error es relevante porque de lo contrario modifica la pena puesto que se trata de un sujeto pasivo con protección especial frente al autor.

- **Cuando la acción versa sobre la persona protegida de la misma forma por la ley.**

El error es irrelevante porque, por ejemplo en el tipo de homicidio, es independiente que se quiera matar a una persona y se mate a otra porque la acción de matar a uno u a otro es prohibida y sancionada de la misma manera.

Error sobre el Nexo Causal

Se produce cuando entre la representación del autor y el suceso acaecido hay una divergencia esencial, esto es, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor-. Ejemplo: A lanza a B al rio para que muera ahogado pero este cae en una piedra y muere del golpe.

Las desviaciones inesenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes.¹²⁸

¹²⁸ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág.277.

Error en el golpe -*Aberratio ictus*-

Se refiere al caso en el que, a consecuencia de una desviación del curso causal, el resultado tiene lugar en un objeto de la acción diferente a aquel a que el sujeto quería alcanzar: A quiere matar de un disparo a B, pero el disparo en vez de a B alcanza mortalmente a C, que estaba al lado.

Se diferencia del error en el objeto en que no supone la confusión del objeto por otro, sino que se yerra la dirección del ataque.

b) Imprudencia o Culpa

El artículo 4 del Código Penal expresa que *la pena o la medida de seguridad solo se impondrán si la acción u omisión ha sido realizada con dolo o culpa*; de lo cual se infiere que estos elementos constituyen las únicas formas de culpabilidad; de ahí que ya en el plano de la tipicidad ha de distinguirse entre tipo de injusto perpetrado dolosamente y tipo de injusto realizado culposamente.

En el lenguaje técnico, culpa e imprudencia son términos sinónimos, y, por ello, nada se puede reprochar al legislador por acudir a uno o a otro. Pero quizá el término culpa es menos descriptivo y además, equivoco, puesto que también se utiliza como equivalente a culpabilidad, lo aconsejable sería emplear el sustantivo imprudencia que es el más utilizado en los trabajos doctrinales.

Como regla general, los delitos están castigados en su forma dolosa. La punición de las conductas imprudentes solo cabe cuando la ley penal lo establezca de manera expresa –art. 18 C.P.-.

El Código Penal Salvadoreño ha abandonado el tradicional sistema de *numerus apertus* y ha preferido seguir una opción avalada por el Derecho comparado. En efecto, los sistemas jurídicos más próximos al nuestro, como el español, alemán, italiano y portugués, se habían venido decantando por la misma fórmula.

Se trata, por otra parte, de una decisión impuesta por imperativo del principio de intervención mínima, por cuanto el delito culposo representa, atendiendo al desvalor de acción, un mínimo con respecto al doloso.

En virtud de lo expuesto, la regulación expresa de los delitos culposos no debe entenderse únicamente como la exigencia que el texto legal contenga un epígrafe, si no que la conducta imprudente se configure completamente en el tipo penal –supuesto de hecho y consecuencia jurídica–

En la legislación penal salvadoreña no se cuenta con una definición legal de imprudencia. El artículo 4 simplemente repara la forma imprudente como una de las posibles modalidades de delito. Sin embargo puede definirse como: *la inobservancia de la norma objetiva de cuidado*. Por tanto los tipos imprudentes están integrados por elementos objetivos: la conducta, los sujetos, el objeto, el nexo causal, la infracción del deber de cuidado y la causación del resultado. Elementos que en su mayoría ya fueron estudiados en párrafos anteriores, por tanto solo se tratara la infracción de cuidado.

La infracción de cuidado: Es la esencia normativa del delito imprudente. El agente debe realizar la conducta como la habría ejecutado cualquier hombre razonable y prudente en la situación del autor; a esto se le llama el deber de cuidado; el cual, no aparece definido en la ley penal, este le indica al ciudadano como debe de comportarse en cada caso concreto. Lo que supone un juicio normativo que fija la conducta que se hubiere desplegado, necesitando de una valoración que debe realizar el juzgador en cada caso concreto, identificando la norma de cuidado que se infringe.

Al igual que el tipo doloso, el tipo imprudentes contiene una parte subjetiva: el elemento *cognoscitivo o intelectual*, esto es la posibilidad de conocer la amenaza que representa para los bienes jurídicos, y de prever el resultado -*la previsibilidad objetiva de las consecuencias de la acción*-.

Otro elemento es el *volitivo* en el cual el tipo penal supone la voluntad de realizar la conducta social final de que se trata con los medios elegidos; esto es, el resultado típico producido no debe quedar abarcado en la voluntad realizadora de la acción o comprendiéndola, debe hacerlo con una causalidad distinta de la que el agente programo porque la finalidad en los tipos imprudentes es lícita.

En lo referido a la gradualidad de la culpa, el Código Penal Salvadoreño no distingue, con carácter general, entre las diversas modalidades en que se puede presentar el comportamiento culposo. Al contrario de códigos penales de otros países, en el que se impone distinguir entre imprudencia grave y leve, porque determinan distintos efectos: el de que solo la imprudencia grave, da lugar a un delito, mientras que los supuestos de imprudencia leve serán constitutivos de falta y el de manejar la categoría de imprudencia profesional, que permite, en determinados delitos- homicidio, lesiones-, el recurso a una penalidad distinta y más gravosa que cuando falta esa nota de profesionalidad.

En el caso de El Salvador, las reglas generales de determinación de la pena del artículo 63 del Código Penal son aplicables tanto a los delitos dolosos como a los culposos, tal como impone, el artículo 62.

Clases de culpa

- Culpa Consciente

Denominada también con representación o con previsión, “*se presenta cuando el agente, habiéndose representado como posible la producción del resultado confía en poder evitarlo*”¹²⁹.

¹²⁹ Fernando Velásquez Velázquez. Óp. Cit., Pág. 437.

- **Culpa inconsciente**

También llamada sin representación o sin previsión, se da cuando el agente no se representó la posible ocurrencia del resultado típico habiendo podido y debido hacerlo. En ésta *“no solo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé la posibilidad: no se advierte el peligro”*. Son denominados también delitos de olvido.

El artículo 310 del Código Penal en su parte final disciplina *“El Juez que por negligencia o por ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”*.

En este inciso se disciplina la modalidad de comisión culposa del delito de Prevaricato. La negligencia puede estar presente en las sentencias dictadas sin la diligencia elemental exigible a un Juez o Magistrado por ser peritos en las ciencias jurídicas; mientras la ignorancia, supone falta de conocimientos esenciales, -ausencia de saberes totalmente inaceptable-, que el Juzgador hubiera podido vencer con el mínimo interés, atención o estudio. Teniendo en cuenta que un requisito para entrar a la carrera judicial es tener competencia notoria.

En relación al término “manifiestamente injusta” debe entenderse que se refiere a una injusticia notoria o burda, en la que es necesario que la resolución haya propasado los límites del derecho en una forma evidente, sin que pueda dar lugar a duda o discusión. Lo que supone que es valorada desde el punto de vista de un aplicador de justicia con formación y experiencia media, ha de ser contradictoria con el ordenamiento jurídico de manera clara y evidente, de tal modo que ese Juez medio, actuando correctamente, nunca la hubiere realizado.

De lo anterior se infiere que el delito de Prevaricato, puede ser cometido por culpa consciente, en el sentido que el aplicador de justicia no

quiere que se produzca el resultado lesivo, pero prevé su posibilidad, porque actúa con negligencia o ignorancia inexcusable, que pueden ser vencidas con el mínimo cuidado debido.

2.2.2.3 ANTIJURIDICIDAD

El término antijurídico evoca etimológicamente la idea de un comportamiento que contradice las reglas establecidas por ordenamiento jurídico en general, por tanto no es un concepto propio del Derecho Penal, porque toda conducta o hecho contrario con el ordenamiento jurídico -Civil, Familia, Labora, Mercantil y otros -es antijurídica-. La tipicidad es solo un indicio de la antijuridicidad, esto es así mientras no se pruebe la existencia de una causa de justificación.

En Derecho Penal la antijuridicidad se divide en:

Antijuridicidad Formal: Es la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico.¹³⁰

Antijuridicidad Material: Es la lesión o puesta en peligro al bien jurídico tutelado por la norma penal.

La contrariedad de carácter formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijurídica, sino antinormativa, porque la esencia de esta es la ofensa de bienes protegidos por la norma que se infringe con la realización o no realización de un comportamiento determinado.

En el delito en indagación, para determinar si la conducta es antijurídica, se requiere que la acción sea contraria al supuesto de hecho de la norma -artículo 310 C. Pn. y además que se establezca el peligro al bien jurídico tutelado –el buen funcionamiento de la Administración de Justicia-, el

¹³⁰ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág 300.

cual se produce cuando se consuma el hecho, por ser un delito de mera actividad que se materializa en el momento de dictarse la resolución.

Elementos Negativos de la Antijuridicidad

La antijuridicidad tiene un parte negativa: las causas de justificación; en el Derecho Penal la existencia de un hecho típico supone la realización de uno prohibido o la no realización de uno mandado, pero en algunos casos el legislador autoriza la realización de estas, por razones sociales y jurídicas.

En estos casos el indicio de antijuridicidad que se deduce de la tipicidad queda excluido por una causa de justificación.

Su naturaleza jurídica es la de ser normas permisivas, ello se infiere del hecho de que el plexo normativo no solo contiene prohibiciones y mandatos, sino también autorizaciones para actuar, cuando el ente facultado no puede tutelar sus bienes jurídicos en determinadas circunstancias especiales, permitiendo al sujeto proteger bienes jurídicos propios y ajenos lesionando a otros.

Causas de Justificación o Normas Permisivas

Las causas de justificación se encuentran disciplinadas en todo el ordenamiento jurídico, en este caso se analizaran las contenidas en el artículo 27 de Código Penal.

1. Cumplimiento de un deber, Ejercicio Legítimo de un Derecho o Actividad lícita

Tipificado en el Art. 27. nº 1) No es responsable penalmente *quien actúa u omite en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho o de una actividad lícita*. Se refiere a tres supuestos diferentes.

Cumplimiento de un deber

El presupuesto básico de esta modalidad de la eximente es que concurra un deber de lesionar el bien jurídico vulnerado. Es necesario que se trate de un deber específico de lesionar bienes jurídicos.

Elementos objetivos

- La existencia de un deber jurídico impuesto por la ley; se entiende por ley toda prescripción de carácter general y con obligatoriedad para todos -erga omnes-, que obligan al sujeto a realizar un comportamiento tipificado en la ley pena.
- El deber debe ser estricto, lo que supone que el agente con su actuación no debe rebasar los límites o la medida en el cumplimiento del deber.
- Debe haber necesidad de ejecutar la conducta típica, significa que si el autor para cumplir con su deber puede abstenerse de realizar el comportamiento típico, no queda amparado por la causa de justificación.

Elemento subjetivo

- Concurre cuando el sujeto activo debe actuar con la finalidad de cumplir el deber, es decir, tiene que conocer que existe un deber y querer realizar la acción en cumplimiento del mismo, si actúa con otra finalidad no puede invocar la causal por faltar la exigencia de carácter subjetivo.

No se puede alegar que el Juez en cumplimiento del deber lesione un bien jurídico otorgando una resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, porque el juez debe dictar resoluciones conforme a derecho, la función jurisdiccional no le faculta que lesione bienes jurídicos sino que otorgue justicia.

Ejercicio de un Derecho

La ley no protege el ejercicio de cualquier derecho, sino de aquellos de carácter subjetivo que tengan amplio respaldo en el ordenamiento

jurídico, sean provenientes de la Constitución, la ley, acto administrativo, negocios jurídicos, la costumbre e incluso de los derechos y extranjeros.

De lo anterior se infiere que esta causal de justificación abarca todo tipo de profesiones, tomando como fundamentando los deberes subjetivos amparados en la Constitución de la República.

Elementos Objetivos

- La existencia de un derecho subjetivo, entiende por este: la facultad poseída como sujeto de derechos para hacer, no hacer, o exigir algo.
- La titularidad de derecho subjetivo por parte del agente.
- El ejercicio debe ser legítimo, esto es cumplirse dentro de los marcos impuestos por las previsiones legales.
- Que la realización de la conducta típica sea necesaria, solo cuando no le quede otra vía que realizar la conducta tipificada en la ley para lograrlo puede ampararse en la justificante.
- Que el ejercicio del derecho no implique un atentado grave contra la dignidad de la persona humana.

Elementos Subjetivos

- Debe existir la finalidad de ejercer el derecho, porque si el agente actúa con un propósito distinto al de cumplir la justificante no podrá ampararse en ella.

En el ilícito penal en estudio no se puede tener como ejercicio legítimo de un derecho fallar contrario a la ley o con fundamento en hechos falsos, asimismo se requiere que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sea como defensa de un derecho propio, del que se pueda disponer, por lo tanto no podría existir un caso en cual los sujetos activos del delito de Prevaricato ejerzan un derecho propio porque la función emana de la Constitución de la república y la Ley, y el juez solo es un representante del Estado.

Ejercicio Legítimo de una Actividad Lícita

Una actividad lícita, se refiere a todo tipo de profesión u oficio, reconocido legalmente, con lo cual quedan en principio excluidas las actividades ilegales.

Elementos objetivos

- La existencia de la actividad.
- La existencia debe ser lícita, conforme a la Constitución y a la ley.
- El ejercicio debe ser legítimo debiendo acudir en cada caso, a la respectiva ley reglamentaria, si ella existe.
- No debe tener por objeto un atentado contra la dignidad de la persona humana.

Elementos subjetivos

- Se debe obrar con la finalidad de ejercer la actividad.

En el ilícito en indagación no se puede concebir que una sentencia injusta sea una actividad lícita, los juzgadores ejercen función jurisdiccional otorgada por la Constitución, la cual no es actividad o profesión, de igual manera no se debe tener por objeto un atentado contra la dignidad humana y en el delito de prevaricato el termino *a sabiendas* representa un actuar doloso.

2. Legítima Defensa

Es la causa de justificación de mayor prestigio y la que más trascendencia tiene en la práctica jurídica. Es el ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídico atacado injustamente.¹³¹ Suele denominarse también defensa subjetiva o defensa necesaria.

¹³¹Fernando Velásquez Velásquez, **Derecho Penal Parte General**. Óp. Cit. Pág. 496.

La legítima defensa tiene un fundamento que sobrepasa el aspecto individual: la necesidad de defensa del bien jurídico y del derecho en general¹³² por cuanto al realizar el sujeto agredido una acción de defensa legítima, está actuando en la forma en que el estado lo haría, defendiendo los intereses del agredido, y consecuentemente, el orden jurídico.

Esta causa de Justificación está disciplinada en el artículo 27. 1. Pn.,
No es responsable penalmente:

2) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a) Agresión Ilegítima;

b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla;
y,

c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa”.

Elementos objetivos

- La existencia de una agresión¹³³, actual¹³⁴ e inminente¹³⁵.
- Debe ser ilegítima, significa que debe vulnerar objetivamente el ordenamiento jurídico.

La agresión ilegítima demanda tres requisitos: a) debe ser conducta humana, b) agresión y c) antijurídica. Conforme a la primera de ellas,

¹³² Muñoz Conde, Francisco, Óp., Cit. Pág. 102

¹³³ Es el acto de acometer a alguno para matarle, herirle o hacerle daño, especialmente sin justificación o acto contrario al derecho de otro. No constituyen agresión las acciones socialmente adecuadas de donde no procede contra ellas legítima defensa.

¹³⁴ Es la que ya ha comenzado y no ha concluido aun, la que se concreta en un daño real y todavía persiste.

¹³⁵ Es la que no ha comenzado aun, pero se infiere de los gestos, amenazas y actitudes que pueden implicar daño inmediato o peligro para la persona o su derecho, a partir de una situación objetiva. Para que haya agresión no se precisa la iniciación del ataque, ni siquiera su consumación, es suficiente que del contexto objetivo en el cual se suceden las cosas derive la convicción de que la defensa va a producirse, o está ya comenzado a ejecutarse; lo anterior es obvio, porque el agredido no puede sentarse a esperar que el ataque se haga efectivo.

no hay agresión ilegítima cuando no hay conducta o, lo que es lo mismo, no se admite legítima defensa contra lo que no sea una acción humana.¹³⁶

- Debe ser real, que el sujeto no actué en la creencia de que existe, lo que daría lugar a una agresión aparente o putativa.¹³⁷
- Que la agresión se produzca contra un derecho propio o ajeno. En efecto como se alude al “derecho atacado”, se hace referencia a los bienes defendibles, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que se tutele los bienes jurídicos cuyo portador es el individuo o una persona jurídica, no así la sociedad o el ente estatal en su condición de órgano del poder soberano; por tanto no solo son defendibles la vida y la integridad personal sino también la libertad sexual, autonomía personal, el honor, patrimonio económico entre otros.
- Necesidad de la defensa, que solo se da cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirlela¹³⁸.
- La defensa debe ser proporcional a la agresión, ello significa que debe haber un equilibrio entre la conducta de quien ejerce la defensa y el ataque del cual es víctima; es decir debe haber proporcionalidad entre la defensa y la agresión. Lo anterior no está referido solo a los medios desplegados por los sujetos activos y pasivos de la defensa sino que debe mirar las circunstancias de tiempo modo y lugar, la persona del atacado y del atacante, la entidad del ataque, los bienes en conflictos.

Elemento subjetivo

- El ánimo de la defensa, la persona debe obrar con conocimiento de la situación de defensa necesaria y con voluntad de hacerlo.

¹³⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni. Óp Cit. Pág. 481.

¹³⁷ La defensa putativa en ninguna circunstancia es constitutiva de justa causa, aunque puede excluir la responsabilidad del autor al configurarse un error de prohibición indirecto.

¹³⁸ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág 326.

Los sujetos activos del delito de Prevaricato, se encuentran excluidos de esta causal de justificación, porque, no pueden defenderse bienes como el Orden Económico Social, Salud Pública, Seguridad del Estado y la Administración de Justicia, medio ambiente entre otros¹³⁹. El Juez no puede alegar que por medio de la sentencia injusta defenderá un bien jurídico atacado injustamente.

3. Estado de Necesidad Justificante

Es la situación de conflicto entre dos bienes en la cual la salvación de uno exige el sacrificio de otro.

Disciplinado en el artículo 27.3 C. Pn. *“Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo”*.

Es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso sino el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos;¹⁴⁰ siendo el caso, sacrificar bienes jurídicos de menor valor.

El fundamento de esta causa de justificación es, según la doctrina mayoritaria, *el interés preponderante que con la acción se salva*.

Elementos objetivos

- Existencia de un riesgo, mal, daño o peligro, significa que es indispensable la presencia de una amenaza real para el bien jurídico, o la posibilidad de que este resulte lesionado, sea que la lesión provenga de la fuerza de la naturaleza, de un comportamiento humano

¹³⁹ Fernando Velásquez Velásquez. Óp. Cit. Pág. 504.

¹⁴⁰ Eduardo López Betancourt. Óp Cit. Pág 163.

licito, o ilícito con tal de que en este último caso no constituya agresión ilícita, e incluso de una situación de coacción ejercido por un tercero sobre el necesitado. No obstante no habrá riesgo en el sentido anotado cuando la persona se lo ha procurado a sí misma, o es producto de la comisión de un hecho punible por parte del agente.

- Que el riesgo debe ser actual o inminente.¹⁴¹
- El agente debe actuar para proteger un derecho propio o ajeno. El titular del bien jurídico o derecho amenazado puede ser cualquier persona natural o jurídica, incluso el mismo Estado, lo que significa que a diferencia de la legítima defensa se puede ejercer esta justificante para evitar un daño al ente estatal o al colectivo social, todos los derechos o bienes son salvaguardables, sin que se requiera su reconocimiento jurídico penal, basta que sean amparados por la Constitución.
- Que el mal o daño no sea evitable por otra vía menos perjudicial, que el agente se vea obligado a actuar por no tener al alcance otros medios legítimos o lícitos que eviten el perjuicio ajeno, o que coadyuven a que este sea de menor proporción.
- Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, es la esencia de esta justificante -es cuando concurre un conflicto entre bienes desiguales-, si es equiparable solo podrá invocarse el estado de necesidad excluyente de culpabilidad.
- Que la situación de necesidad no haya sido mal intencionadamente por el sujeto.¹⁴² La falta de este requisito impide que el que la provocó pueda después ampararse en ella.
- *Que el necesitado no tenga un cargo u obligación legal:* se supone que el que actúa en ésta situación no está obligado a soportarla, pero si esta es normal dentro del ámbito de su profesión deberá hacerlo.

¹⁴¹Supra. Pág. 116.

¹⁴² Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág. 331.

Elemento subjetivo

- Debe existir finalidad de proteger el derecho o bien jurídico, con el ánimo de evitar un mal propio o ajeno.

En el ilícito de Prevaricato se regula como sujeto activo al Juez, quien no podría alegar esta causa de justificación porque requiere el sacrificio de un bien jurídico de menor valor por uno de mayor valor; la función jurisdiccional manda al Juez a fallar conforme a derecho, y no se podría idear que con una sentencia condenatoria se esté sacrificando un bien jurídico, con la sentencia el Juez administra justicia.

4. Colisión de deberes

Se da cuando para cumplir un deber es preciso infringir otro. También en la colisión de deberes se producen conflictos de intereses en sentido amplio, porque los deberes protegen intereses personales o colectivos; pero lo particular de esta, es que el sujeto debe actuar u omitir, a diferencia de lo que sucede en los demás casos del estado de necesidad en los cuales se faculta –pero no se obliga- al agente a efectuar la lesión de un bien jurídico.

Concorre una situación de conflicto doctrinal entre si la colisión de deberes es una especie de estado de necesidad o del cumplimiento de un deber.

En la doctrina alemana la figura de la colisión de deberes, se trata con objeto de diferenciar su tratamiento respecto de los demás casos de estado de necesidad. La diferencia de tratamiento vendría requerida por el hecho de que en la colisión de deberes el sujeto no solo puede sino que debe actuar u omitir. Así, mientras que en el estado de necesidad genérico solo quedaría justificada la lesión de un bien jurídico inferior al que salva, en la colisión de deberes, resultaría justificada la infracción de un deber ligeramente inferior al que se cumple o incluso según la opinión mayoritaria, la infracción de un deber igual al que se respeta.

La doctrina española por su parte, cree necesario equiparar la colisión de deberes a la vista del cumplimiento del deber. Si se admite que el derecho no puede imponer deberes, habría que considerar inexacto afirmar que existe una propia colisión de los dos deberes cuando solo debe cumplirse el más importante o, siendo de igual valor, cualquiera de ambos.

El problema se resuelve en lo siguiente: en la colisión de deberes concurren dos normas que en general imponen deberes contrapuestos, pero en concreto, cuando coliden, solo subsiste un deber. Ocurre aquí algo parecido a lo que sucede en el concurso de leyes. Puede decirse, que el sujeto habrá actuado en cumplimiento de un deber por lo que su conducta podría resultar también amparada en esta eximente.

En la legislación penal salvadoreña la aludida justificante esta disciplinada en el artículo 27.6 *No es responsable penalmente... quien actúa u omite en colisión de deberes, es decir cuando exista para el sujeto al mismo tiempo, dos deberes que el mismo deba realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos.*

Elementos objetivos

- La colisión de dos deberes legales.
- La posibilidad de cumplir uno de ellos.

Elementos subjetivos

- Concurre cuando el sujeto activo debe actuar con la finalidad de cumplir el deber, es decir, tiene que conocer que existe un deber y querer realizar la acción en cumplimiento del mismo, si actúa con otra finalidad no puede invocar la causal por faltar la exigencia de carácter subjetivo.

En la prevaricación el juez o en su caso el secretario judicial, no podrían ampararse en esta justificante alegando que existen dos deberes y que están obligados a cumplir el de dar una resolución contraria a la ley o dirigir el proceso.

5. Consentimiento

Concorre cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento.

Puede ser: **expreso**: la oposición o el consentimiento del titular del bien están claramente manifestados o **tácito**: en aquellos casos en los que previa relación de confianza, basada en la gestión de negocios, relación de vecindad, etc., permita pensar que el titular del bien jurídico admite la realización del hecho.¹⁴³

Como se ha expresado en el delito de Prevaricato, el sujeto pasivo es El Estado que constituye un bien jurídico supraindividual, en virtud de lo cual no es posible la aplicación de esta causa de justificación porque el consentimiento solo se aplica como eximente cuando el portador del bien jurídico es un individuo.

Excesos en las Causas de Justificación

En esta se resguardan a las individuos que ejecutan una conducta típica desbordando las exigencias legales en virtud de las cuales puede en principio, invocar la justificante; en otras palabras, cuando el agente, hallándose en un principio dentro de los linderos propios de una causa de justificación, se excede, automáticamente pierde el derecho a ampararse en ella y la conducta realizada es antijurídica.

Esta situación no pasa inadvertida para el legislador, quien consciente de ello, prevé un tratamiento especial para el excedido, que difiere del

¹⁴³Ibíd. Pág. 345.

otorgado a la persona que en ningún momento han pisado los linderos propios de la justificante; porque en los casos de exceso, el grado de injusto es menor.

Tipos de excesos

a) Intensivos o en la Medida

Concurre cuando el sujeto que está ejerciendo la justificante se excede en la medida, es decir superada la defensa de la agresor continua realizando actos contra este.

b) Extensivo o Cronológico

Cuando se sobrepasan los límites temporales de la causa de justificación, la agresión ya no es actual en el momento de la acción defensiva.

En el delito de Prevaricato como consecuencia de no concurrir ninguna de las causas de justificación, tampoco pueden concurrir excesos.

Error de Prohibición Indirecto

Comprende aquellas situaciones en las que el autor actúa en la creencia de que está autorizado para obrar de la manera que lo está haciendo, supone que su actuar, si bien es típico, está amparado en una causa de Justificación que evita que sea antijurídico.

Este recae en la autorización del comportamiento, porque el sujeto activo cree erróneamente que lo beneficia una norma permisiva, que realmente no está reconocida en la ley o una causa de justificación, es cuando tiene la convicción que actúa justificadamente ante la necesidad de salvarse o salvar a un tercero de un peligro inexistente.

También se analiza el error sobre los presupuestos de una causa de justificación, cuando se obra en la creencia de que está concurriendo, en

forma real una circunstancia cuya existencia es necesaria para actuar justificadamente, pero en verdad tal situación fáctica no existe; a esto se le denomina también “excluyentes putativas”.

En este error se obra de buena fe, en la errónea opinión de que un mal amenaza y que se está ejerciendo una reacción proporcionada a él y en las condiciones de justificación.

Podrá ser **vencible e invencible**.

Si el error es invencible, se excluye completamente la Antijuricidad, pero si es vencible, se atenúa la pena al responsable fijándola entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo señalada para el delito del que se trate –Art.69 Pn.-

El error de prohibición queda excluido del delito de Prevaricato por no concurrir en esta ninguna de las causas de justificación y por depender el error de prohibición indirecto de las normas permisivas.

2.2.2.4 CULPABILIDAD

Es la responsabilidad personal del injusto; un juicio que sólo puede atribuirse a quien pudiendo obrar de otra manera, lo ha hecho en forma típica y antijurídica, esto es, que pudiendo actuar conforme a derecho no lo hace.

Es un juicio de exigibilidad normativo personal por medio del cual se le imputa al autor la realización de un injusto penal dada las condiciones de índole personal y social imperantes en el medio o en el ambiente donde actúa.

El juicio de reproche consistente en una valoración, para saber si el autor es responsable, y determinar si existe o no culpabilidad, es por tanto una categoría con carácter normativo.

La culminación normativa de la culpabilidad, ve al reproche que se le hace al autor de un delito, no solo cuando el sujeto conocía la antijuridicidad

del hecho, sino que, podía y debía haber obtenido ese conocimiento, y por tanto abstenerse de realizarlo.

La culpabilidad es la valoración que se hace en el individuo que cometió un ilícito y su correspondiente acción, es un juicio, en el que se vincula al hecho injusto con su autor; es una categoría de la teoría del delito que permite recriminar la conducta, y por tanto, hacerle responsable por la misma.

El artículo 63 del Código Penal disciplina que la pena no podrá exceder el desvalor que corresponde al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad.

Esta facultad discrecional que el legislador concede a los Jueces para individualizar la pena se orienta en elementos como:

- ❖ La gravedad del hecho: hace referencia al desvalor de la conducta en relación con el bien jurídico protegido, para el caso específico, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.
- ❖ La personalidad del sujeto: representa una apreciación muy compleja integrada por elementos psicológicos desde una proyección social.

Elementos de la Culpabilidad

La culpabilidad está conformada por tres elementos o sub categorías necesarias para determinar la responsabilidad del sujeto en el caso concreto: la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, y la exigibilidad de un comportamiento diferente.

a) Imputabilidad o Capacidad de Culpabilidad

Es la capacidad de motivarse requiriendo que el autor haya podido comprender la desaprobación jurídico-penal del hecho y comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Se incluyen todos aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental). Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.¹⁴⁴

Cuando el conjunto de facultades físicas y psíquicas está presente, el sujeto es considerado imputable.

Inimputabilidad

Es la incapacidad del sujeto para ser culpable, siendo determinante la falta de comprensión del injusto de su actuar, la alteración de la voluntad y la inmadurez psicológica, que deben presentarse en el sujeto al momento de realizar el hecho prohibido por la norma.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, es uno de los temas más difíciles y discutidos en el ámbito del Derecho penal. La mayoría de las legislaciones consideran que existen cierto número de individuos que por su especial situación, como trastorno mental, sordomudez, menores de edad, entre otras; al cometer un hecho ilícito deben recibir un trato diferente por parte de la ley. A éstos se les denomina *inimputables*.

Las causas de la inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar el desarrollo o salud mental del sujeto, tratándose de trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, provocando la falta de aptitud psicológica para la delictuosidad e impiden que se le atribuya el acto típicamente antijurídico que hayan realizado.

La calidad de inimputable se deriva del hecho que el sujeto no puede comprender la ilicitud de su actuar, o que pudiendo hacerlo, no es capaz de comportarse diversamente.

¹⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 360.

El Código Penal Salvadoreño, en el Título II denominado Hecho Punible y Responsabilidad Penal, *capítulo II De las causas excluyentes de la Responsabilidad Penal artículo veintisiete, numeral cuarto, titulado “Excluyentes de Responsabilidad*, textualmente dice:

“No es responsable penalmente:.....

4) Quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviese en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión,

a) Enajenación mental;

b) Grave perturbación de la conciencia; y,

c) Desarrollo psíquico retardado o incompleto.

En estos casos, el juez o tribunal podrá imponer al autor, alguna de las medidas de seguridad a que se refiere este Código. No obstante la medida de internación sólo se aplicará cuando el delito corresponda a pena de prisión...

❖ **Enajenación mental**

Etimológicamente, significa estar fuera de sí, ajeno a sí mismo, perturbado en el uso de la razón. Es una perturbación patológica de la actividad mental, que imposibilita al sujeto comprender lo ilícito de su actuar por carecer de las habilidades mentales mínimas.

Comprende las diversas anomalías psíquicas, o patología mental tales como:

- **La oligofrenia:** constituyen una falta de desarrollo de la inteligencia desde el nacimiento, y su eficacia jurídica al atenuar la responsabilidad depende del grado en que la disminución se presente.
- **La psicosis:** son enfermedades mentales, que obedece a causas internas o externas de la persona.

Internas pueden ser: esquizofrenias, paranoias, psicosis maníaco-depresivas profundas y cíclicas oscilaciones del estado de ánimo y de la afectividad. Su efecto común es el de excluir la responsabilidad si ocasionan la pérdida de la voluntad o de la inteligencia.

Externas: son producidas comúnmente por ingerir drogas y alcohol, incluyéndose la demencia senil; pueden ser: la neurosis, que suponen trastornos de la personalidad; psicopatías, consideradas alteraciones anormales de la personalidad que provocan una desviación extrema en el individuo.

La inimputabilidad es un impedimento para que una persona no pueda ingresar a la carrera judicial y ejercer función jurisdiccional, debido a que el Juez debe poseer salud mental necesaria para administrar justicia conforme a la ley, por tanto no puede alegarse en el delito de Prevaricato inimputabilidad por parte de los sujetos activos. No obstante puede darse una inimputabilidad sobreviniente en los aludidos sujetos, en tal motivo deberá probarse que el autor no se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales.

❖ **Grave perturbación de la conciencia**

En un tiempo, esta causa de inculpabilidad fue conocida como trastorno mental transitorio, por presentarse en el sujeto un estado parecido a la enajenación mental, diferenciándose que este caso se trata de trastornos mentales de corta duración, fugaz, pero provoca perturbación de la conciencia.

Puede ser causada por razones patológicas o raíz ambiental, provocado por alteraciones físicas o psíquicas producidas por embriaguez plena, fortuita o por fuerza mayor, que le impiden al sujeto comprender la

realidad o privarse de los conocimientos y experiencias que le permiten confrontar su actuación con los tipos penales.

❖ **Acciones Librare in Causa**

La teoría de las acciones liberada in causa, responde a los supuestos de inimputabilidad en el momento de ejecución, pero no de imputabilidad en el de planificación y decisión, retrotrayendo en juicio de responsabilidad a la primera fase.

En este caso se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer el hecho no lo era, pero si en el momento en que ideó cometerlo o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica.¹⁴⁵

El Código Penal en su artículo 29.1, fija una disminución de la imputabilidad derivada de la intoxicación etílica, la cual tiene efectos atenuantes solo si dicha intoxicación no se provocó de manera pre ordenada al hecho. Caso contrario no hay atenuación, porque cuando el sujeto puso en marcha todo el proceso que culmina con la realización de la conducta típica era perfectamente imputable.

Lo que en realidad ocurre es que el sujeto se utiliza a sí mismo como instrumento y, por tanto, debe responder a título de dolo, o de imprudencia si el delito cometido es distinto o más grave del previsto.

Si el sujeto se utiliza a sí mismo como instrumento, se podría haber buscado la respuesta coherente en la autoría mediata. Sin embargo hay que reconocer que esa vía colisiona con la fórmula literal del artículo 34 que considera autores mediatos a *los que comenten el delito por medio de otros del que se sirven como instrumentos*. Y, efectivamente, en las acciones liberare in causa, el autor no utiliza “a otro” si no a sí mismo.¹⁴⁶

¹⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 379.

¹⁴⁶ Consejo Nacional de la Judicatura. **Manual de la Teoría Jurídica del Delito.** Impresos Múltiples. El Salvador. Pág. 114.

El Decreto Legislativo numero 642, de diecisiete de junio de 1999, se incorpora el artículo 28-A: *No podrá ser excluido de responsabilidad penal aquel que haya buscado colocarse en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas u otras sustancias que produzcan efectos análogos, con el propósito de cometer un delito o cuando se hubiese previsto la comisión del mismo.*

❖ **Desarrollo psíquico retardado o incompleto**

Implica un desarrollo mental insuficiente, que da como resultado estados como la imbecilidad, idiocia, debilidad mental, la sordomudez ya sea de nacimiento o adquiridas, en el que inciden aspectos fisiológicos y sociales¹⁴⁷.

Existe en el sujeto un desarrollo insuficiente o retardado de los procesos psíquicos superiores que conlleva a dificultades en el aprendizaje de carácter generalizado.

No interesa al Derecho Penal la insuficiencia mental por si misma sino el hecho de que produzca en el sujeto la incapacidad de comprender lo ilícito de su comportamiento.

- **Medidas de Seguridad**

Las medidas de seguridad que se le imponen a las personas inimputables, están reguladas en el título IV Medidas de Seguridad, capítulo único denominado Clases de Medidas de Seguridad, artículo 93, su aplicación dependerá de la situación del sujeto en cada caso particular, y estas pueden ser: de internación, tratamiento médico ambulatorio o vigilancia.

¹⁴⁷ Enrique Bacigalupo. (1994) **Lineamientos de La Teoría General del Delito.** Tercera Edición Renovada y Ampliada. Editorial Hammurabi S. R. L. Pág. 144.

❖ **Minoría de edad Penal**

Existe otra causal de exclusión de la responsabilidad penal, no comprendida en el Art. 27 C. Pn., anteriormente citado, y es en relación a la minoría de edad; la cual está normada en el Art. 2 inc. 4 de la ley Penal Juvenil: *Los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común; están exentos de responsabilidad y, en su caso, deberá darse aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral.*

Debe darse aviso al mencionado Instituto para que se pueda iniciar el procedimiento administrativo establecido en la Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, y una vez concluido, de ser procedente, se puedan tomar medidas de protección aplicables al menor, para protegerlo y en su caso reeducarlo; las cuales, según el Art. 45 de la misma, pueden consistir en Orientación y apoyo socio familiar; Amonestación; Reintegro al hogar con o sin supervisión; Colocación familiar; Colocación en hogar sustituto; y Colocación Institucional.

Una persona se considera inimputable cuando no ha cumplido doce años de edad, sólo a partir de esa edad se puede responder penalmente, aunque se pudiese demostrar que un sujeto menor de esa edad posee la capacidad de culpabilidad suficiente, para comprender el carácter ilícito del hecho. En términos legales, es un individuo que aún no ha alcanzado los doce años de edad y por razones biológicas, no tiene todavía plena capacidad de obrar.

El proceso penal juvenil se aplica cuando el menor de edad cometió un hecho delictivo castigado por la legislación penal.

Los sujetos activos del delito en exploración, no pueden alegar que como excluyente de Responsabilidad una de las causales de inimputabilidad

porque es requisito indispensable para ser Magistrado, Juez, Secretario o Arbitro, encuentre en pleno goce de las facultades mentales para cumplir función jurisdiccional, porque el tipo de prevaricato requiere para su consumación que se realice por un sujeto cualificado y un inimputable no podría serlo. Requiere de conocimientos y valoraciones de una persona con total discernimiento.

No obstante cabe la posibilidad que la enajenación mental le sea sobrevenida al Sujeto Activo del ilícito de Prevaricato, en cuyo caso, mientras no sea removido del cargo por ser in idóneo para continuar desempeñándolo, podría este alegar en su defensa la enajenación mental, pero ello dependerá de las circunstancias del caso en particular. El Artículo 28 *Incapacidades* de la Ley de la Carrera Judicial estipula: No podrán ser nombrados en cargos ni ejercerlos dentro de la Carrera: c) Los que no estén en el pleno uso de sus facultades mentales

b) Conciencia de la Ilícitud

Para que exista culpabilidad se requiere que el autor tenga conciencia y conocimiento de la antijuridicidad del hecho, bastará que conozca que la conducta cometida está jurídicamente prohibida, y contraria a las normas más elementales que rigen la convivencia, en este juicio concreto sobre el carácter antijurídico del hecho, propiamente sobre la posibilidad del conocimiento del injusto, se analiza si el sujeto activo sabe que está actuando en contra del ordenamiento jurídico.

Para poder reprocharle al autor su hecho injusto, es necesario que él comprenda que está realizando un acto antijurídico o por lo menos sino tubo conciencia podría haberla tenido. Es una exigencia de que el autor tenga al momento de realizar el hecho al menos un conocimiento potencial de su antijuridicidad.

Error de Prohibición Directo

Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho.

El error de prohibición ocurre cuando el autor actúa sin conocer la posibilidad de su ilicitud, el sujeto desconoce que la conducta que realiza es prohibida, por el desconocimiento que tiene de la norma o sobre la legitimidad de su actuar. El error puede recaer en los siguientes supuestos:

Error sobre la existencia de la norma: El sujeto activo desconoce o ignora la existencia de la prohibición legal del hecho – no conoce la norma prohibitiva – o sabiendo que es prohibido ignora que es punible.

Error sobre la vigencia de la norma: El autor tiene la creencia errónea que la norma prohibida no está vigente. Puede ser que el autor conozca la norma prohibitiva pero no la considera vigente, aquí no ignora la existencia de la prohibición sino que incurre en un error en cuanto a su validez.

Error de interpretación de la norma: El autor conoce la existencia de la norma prohibitiva, pero la interpreta de manera errónea, la considera no aplicable al hecho que realiza.

El Código Penal regula el error vencible e invencible en el artículo 28; lo difícil en la doctrina y la práctica es diferenciarlos entre sí, no se pueden emplear criterios estables para determinar si en el caso concreto el agente fue o no capaz de conocer lo antijurídico de su comportamiento.

Error de Prohibición Invencible

Es invencible cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar

la culpabilidad; dadas las circunstancias personales del agente, o donde se desarrolló el hecho.

Error de Prohibición Vencible

Concorre cuando el sujeto activo estuvo en la posibilidad de superarlo, este error únicamente disminuye la responsabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena.

En el delito de Prevaricato el sujeto activo no puede alegar error de prohibición directo porque el ingreso a la carrera judicial requiere que el sujeto tenga los conocimientos mínimos que ella representa. El artículo 15 de la Ley de la Carrera Judicial hace referencia a los procedimientos técnicos de selección para ser elegidos como Jueces y Magistrados, se deberá garantizar la objetividad de la selección, la igualdad de oportunidades entre los aspirantes y la idoneidad de los seleccionados. Comprenderán concursos y el paso por la Escuela de Capacitación Judicial. Si el aspirante por sus atestados o el resultado de los concursos garantizare su idoneidad, no será requisito exigible el paso por la Escuela de Capacitación Judicial.

Los Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales constantemente son llamados a capacitaciones que tienen por objeto adquirir, actualizar y mejorar conocimientos; por tanto, el aplicador de justicia está obligado a conocer la norma que aplica, y los demás sujetos activos del delito en estudio no puede alegar ignorancia de la ley en virtud de las obligaciones que el cargo les otorga.

c) Exigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho

El Derecho impone a todos los ciudadanos el deber de cumplir con los mandatos normativos, especialmente los del área penal; imperativos que en general, pueden ser cumplidos por cualquier persona, se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general.

El cumplimiento de esta exigencia dependerá en gran medida de las circunstancias que en cada caso se presenten; porque no puede exigírsele al ciudadano un comportamiento heroico en determinadas situaciones extremas o bien que se abstenga de realizar ciertas acciones, porque de ser así se estaría exigiendo un verdadero sacrificio de parte del sujeto.

En el artículo 27 numeral 5 del C. Pn. expresa: *No es responsable penalmente... Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó.* Esta situación no excluye la antijuridicidad -el hecho no es justificado por el ordenamiento-, sino la culpabilidad -el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable-, no obstante que el legisferante incluyó las excluyentes de antijuridicidad y de culpabilidad en un mismo tipo como excluyentes de responsabilidad penal.

No exigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho

Se refiere a situaciones extraordinarias y anormales que puede enfrentar un sujeto, en las cuales se encuentra muy disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma, en estas situaciones se considera que o se puede exigir una conducta apegada a derecho.¹⁴⁸

El sujeto realiza una conducta antijurídica, pero disculpante cuando actúa en una situación presión motivacional, excepcionalmente a obrado en situación de *no exigibilidad*.

Las causas que provocan la no exigibilidad de otra conducta se denominan de exculpación, éstas pueden ser:

Estado de Necesidad Exculpante

¹⁴⁸Miguel Alberto Trejo Escobar, Introducción a la Teoría General del Delito, Óp. Cit. pág.203.

En esta el sujeto activo sacrifica un bien jurídico para salvaguardar otro de igual valor; no obstante, es preciso aclarar que no aplica a todos los bienes jurídicos tutelados por la normativa penal, sino que *solo serán susceptibles de un estado de necesidad la vida, la integridad física y la libertad.*

El que obra obligado por la necesidad de salvar su persona o la de otro, de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa y que no pueda evitar de otro modo. Se trata de una situación de necesidad del sujeto por la presión de la circunstancia de peligro, que impiden el reproche de culpabilidad por el hecho causado lesivo a bienes jurídicos protegidos, ante la situación que no le permitió otra conducta.

Elementos objetivos

- Peligro grave e inminente para el sujeto activo u otra persona.
- Que la situación de peligro no haya sido causada voluntariamente por el agente.
- Inevitabilidad del peligro y proporción, finalmente se requiere que el necesitado no pueda evitar el peligro de otra manera. Si puede hacerlo, sin sacrificar el bien o interés ajeno, no podrá hablarse de un verdadero estado de necesidad.

Los sujetos activos del delito de prevaricato no pueden ampararse en esta exculpante porque el bien jurídico que se afecta con el delito de Prevaricato es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, por lo tanto no constituyen bienes dos bienes jurídicos de igual valor. No entra en la categoría de bienes jurídicos susceptibles de estado de necesidad disculpante.

Miedo Insuperable

Es el choque psíquico que sufre el agente, producido por un riesgo tan grave, inminente e inevitable, que constituya una fuerte coacción exterior obrando sobre la voluntad que le obligue por el imperativo inexcusable del instinto de conservación a agredir ante la imposibilidad de hallar a su alcance ningún otro medio. En otras palabras es el temor que doblega a la persona y no puede dirigir plenamente su voluntad.

Surge cuando, el sujeto obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor. En este caso la capacidad de actuación gira en torno al miedo que le genera determinada situación, si bien el sujeto sabe que el acto que realiza es sancionable, lo ejecuta porque quiere evitar un determinado mal. Comprende a quienes obran impulsados por el temor de que otra manera de actuar podría ocasionarles un riesgo grave.¹⁴⁹

Según Muñoz Conde, *el miedo* al que aquí se alude es aquel que aún afectando psíquicamente al que le sufre, le deja una opción o posibilidad de actuación; para el caso es ante la coacción que supone la amenaza de un mal, que el sujeto obra con voluntad, pero ésta se encuentra viciada, debe tener la capacidad que imposibilite ser resistida por un hombre medio o normal, además ese mal que produce el miedo tiene que ser inminente y grave, debiendo afectar a quien lo sufre a tal grado que sea capaz de paralizar su capacidad física o psíquica, motivándolo a realizar acciones que en otras condiciones no las realizaría.

Coacción o Vis Compulsiva

Se refiere a la intimidación o violencia moral, resultante de una amenaza adecuada para que un sujeto haga algo contra su iniciativa y

¹⁴⁹ Manuel Ossorio y florit y Guillermo Cabanellas de las Cuevas (2007) Diccionario de Derecho Tomo II, Editorial Eliasta S.R. L. pág. 115.

deseo.

Los romanos le llamaban *vis moralis*, en contraposición a la *vis physica*, y se define como la violencia actual o futura. Es una fuerza de tipo moral que conmina a la persona a actuar de una forma diferente, aunque siempre le deja una posibilidad de elección entre decidir actuar ilícitamente o serle fiel al Derecho.

La violencia futura es una amenaza que opera de tal manera que la persona debe actuar de la forma indicada por el coaccionador.

La vis compulsiva se presenta cuando el sujeto activo tiene la posibilidad de actuar de manera diferente pero su conciencia está supeditada por injerencias de un tercero, que dirige su accionar, ejerciendo coacción psicológica capaz de influenciar en sus decisiones, disminuyendo o anulando la libertad del sujeto activo.

La vis compulsiva podría ser alegada como una excluyente de responsabilidad penal por un Juez que se encuentra bajo amenaza suficiente que el día de la Vista Pública, y tenga que otorgar una sentencia contraria a derecho para dejar en libertad al jefe de una organización de narcotraficantes conocidas que priva de libertad a su hijo horas antes de la audiencia.

2.2.2.5 PUNIBILIDAD

Con la constatación de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se puede decir que existe un delito completo con todos sus elementos. En algunos casos se exige, sin embargo para poder castigar un hecho como delito, la presencia de algunos elementos adicionales, que no son incluibles en los estratos antes mencionados.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Francisco Muñoz Conde. Óp. Cit. Pág. 133

La punibilidad se considera como una categoría del delito que existe excepcionalmente por razones de política criminal, para fundamentar o excluir la imposición de una sanción. Existe en el ordenamiento jurídico un limitado número de casos en los que el legislador, por razones utilitarias, procura no aplicar la amenaza penal si el delito no va acompañado de otra circunstancia, de lo contrario la sanción no se justificaría plenamente.

La naturaleza de esta categoría es de ser *una condición o presupuesto de la pena*.

La punibilidad no se incluye en ninguno de los elementos esenciales para que una conducta sea considerada delito, por ello la naturaleza de esta debe buscarse en otro lugar, no en la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

- **Condiciones Objetivas de Punibilidad**

Son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellas el dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él.

- **Condición Objetiva de Procesabilidad**

De ellas se distinguen las condiciones objetivas de procesabilidad que condicionan no la existencia del delito, *sino su persecución procesal o la apertura de un procedimiento penal*. Se trata de obstáculos procesales que en el fondo, tienen la misma función que las condiciones objetivas de punibilidad.

- **Excusas Absolutorias**

La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata, normalmente, de

causas vinculadas a la persona del autor y que, por lo tanto, solo afectan a él y no a los demás participantes del delito¹⁵¹.

Clases de excusas absolutorias

- *Excluyen totalmente y ab-initio la punibilidad*

Estas excluyen totalmente y ab-initio la punibilidad porque están vinculadas directamente al autor, por lo que su eficacia operativa es personalísima.

- *Excluyen con posterioridad la punibilidad*

Estas se presentan con posterioridad a la comisión del delito y suprimen la punibilidad.

Ambos tipos de excusas absolutorias se vinculan con la persona del autor, razón por la cual, en cuanto a sus efectos no se extienden a los partícipes del delito.

En el ilícito indagación, no existen condiciones objetivas de punibilidad ni existencia de excusas absolutorias, concurre únicamente la condición objetiva de procesabilidad -Procedimiento de Antejudio-, como lo determina la Constitución de la República en los artículos 236 y 239.

3.2.3 Dispositivos Amplificadores del Tipo

Existen figuras que no quedan comprendidas dentro de los tipos penales por ello el legislador prevé algunas figuras en la parte general del C.Pn. refiriéndose a todas las hipótesis delictivas, introduciendo un mecanismo que permite ampliar el radio de acción y alcances de los diferentes supuestos de hecho, aparecen de este modo los dispositivos Amplificadores del Tipo penal, gracias a los cuales es posible la extensión de

¹⁵¹ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág. 405.

la punibilidad legal correspondiente a tales manifestaciones del actuar humano.

2.2.3.1 IterCriminis

El recorrido que sigue el autor de un hecho delictivo desde el momento en que concibe la idea de cometerlo hasta el de la consumación se denomina -en expresión latina- *itercriminis*.

Es claro que el cuadro de un delincuente que actúa paso a paso es abstracto, porque en muchos casos media solamente un instante entre la concepción de la idea y su ejecución; sin embargo, para mayor comprensión conviene mantener esa imagen de un iter prolongado en el tiempo para así señalar con mayor facilidad sus momentos esenciales.

1. Fase Interna

La constituye el conjunto de actos voluntarios manifestados en el interior del individuo, no sancionados por el Derecho Penal, debido a que los pensamientos no podrán ser punibles, porque constituyen elementos psíquicos, que deberán ser exteriorizados para ser jurídicamente relevantes.

Esta fase comprende:

- 1. Ideación:** Surge en el espíritu y mente del individuo la idea o propósito de delinquir.
- 2. Deliberación:** Es el momento de apreciación o análisis de la idea para realizar el delito y los valores de la conciencia humana.
- 3. Resolución o determinación:** Es el convencimiento interno, o la decisión para efectuar la conducta delictiva.

En el ilícito en indagación, un juez que ha resuelto cometer el delito prevaricato no puede ser punible o sancionado porque, no suponen ni siquiera un comienzo de ejecución del delito, solamente subsiste en la mente de la persona, por lo que puede o no llegar a consumarse.

2. Fase externa

En esta fase el individuo comienza a efectuar objetivamente la idea delictiva, comprende la simple manifestación que el delito se realizará hasta su consumación, o la tentativa en su caso; se sub divide en:

a) Actos Preparatorios

Constituye la etapa intermedia entre fase interna y la de ejecución, es la manifestación externa del propósito delictivo por medio de actos materiales adecuados para cometer la acción delictiva. Se consideran como el conjunto de todas aquellas actividades dirigidas a preparar el hecho punible, a aprontar, disponer o prevenir medios, instrumentos o circunstancias para la ejecución del hecho, los cuales por regla general no son punibles; determinando una escasa peligrosidad.

En los actos preparatorios no se revela con claridad, ni se prevé directamente el resultado criminal, es mas como una posibilidad de que este acontezca; por ejemplo el mero hecho de comprar un arma de fuego y los proyectiles, no supone necesariamente la ejecución de un homicidio.

El C.P salvadoreño tiene como fundamento el principio de impunidad de los actos preparatorios, significa que únicamente serán sancionados cuando exista para ello un tipo autónomo que así lo exprese atendiendo al caso concreto.

–Proposición

– Disciplinado en el artículo 23 CP.: *existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo.*

Constituye un acto preparatorio en su modalidad de resolución manifestada, que implica una invitación del autor a otros a que participen en la ejecución del hecho punible.

Constituye un supuesto de coautoría intentada, en cuanto el que invita proyecta compartir el dominio del hecho con los individuos, o de autoría y participación intentadas si pretende reservarse el dominio del hecho, otorgando el rol de partícipes a los demás. Lo característico es que consiste en una invitación individual y personalizada.

Requisitos

- Resolución del provocador para cometer un determinado delito.
- Solicitud expresa a persona o personas determinadas para que ejecuten el delito.
- La conducta tiene que ser dolosa.
- La proposición no puede ser genérica o equivocada, sino claramente consistente en la invitación de ejecutar un delito.

En el Prevaricato existe proposición por ejemplo: el Licenciado Federico –Juez de Sentencia- le manifiesta a su colega Juan que ha decidido dictar sentencia basada en hechos falsos, porque obtendrá un provecho económico con ello, por lo que solicita de su ayuda para cometerlo expresándole que le dará el cuarenta por ciento del beneficio que obtenga. Sin embargo, esta proposición no tiene punibilidad porque no está expresamente en el Código Penal.

- Conspiración

Según el artículo 23 del C. Pn, *concorre cuando dos o más personas acuerdan la ejecución del delito y resuelven firmemente realizarlo*, exige la

existencia de un plan concreto entre ellos. Los conspiradores deberán realizar el reparto del dominio del hecho que planean efectuar.

Se constituye por el acuerdo de dos o más personas para ejecutar un delito. El acuerdo para delinquir, no requiere que se haga a nivel de coautoría, sino que puede estar referido a que uno o algunos de los concertados intervengan en el delito como cómplices.

Elementos

- La unión de voluntades.
- La orientación de todas -las voluntades- al mismo hecho.
- La firme decisión en cada sujeto de ejecutarlo como coautor, lo que se plasma en un plan concreto.
- La actuación dolosa de los concertados, lo que se traduce en una actuación inequívoca, precisa y concreta que vaya más allá de las meras suposiciones, con una realidad material que evidencie la voluntad de los sujetos.
- La viabilidad del proyecto criminal, de modo que se excluyen proyectos que carecen de cualquier posibilidad de ser llevados a cabo.

No todos los delitos son susceptibles de conspiración, sino solo aquellos en los que sea posible una actuación grupal de los conspiradores. De igual forma no cualquier persona es susceptible de integrarse en una figura de conspiración, sino solo quien reúna en si las condiciones necesarias para ser autor del delito proyectado –como el caso de tipos especiales-.

Al analizar el tipo penal Prevaricato, puede existir conspiración en el caso que en un Tribunal de Sentencia los jueces acuerdan que emitir

sentencia con fundamentos en hechos falsos, porque obtendrán un beneficio económico.

- **Apología del Delito**

Consiste en el elogio público o glorificación de un hecho que ha sido declarado criminal. Es considerado como instigación indirecta, por lo tanto basta el dolo eventual, careciendo de importancia los móviles de la acción.

Por tanto el término “apología” se refiere a la acción realizada por cualquier vía, en la que se enaltece o alaba algo; en el ámbito jurídico penal, es un amplificador del tipo, regulado en el artículo 349 C. Pn. que dice literalmente: *El que públicamente hiciere la apología de un delito común doloso, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.*

La apología no se comete cuando se alaba un delito ya cometido, para incidir sobre el bien jurídico protegido, es preciso que el sujeto activo cree la voluntad o el ánimo favorable o predisposición a favor del delito y por tanto, de esta manera, incite su comisión.

En el ilícito en indagación no se puede configurar la apología del delito, porque la disposición antes citada establece que se instituye en los delitos comunes, y el prevaricato es un delito especial propio.

b) Actos de ejecución

Se busca la materialización en el mundo exterior del hecho punible, es el momento pleno de ejecución del ilícito independientemente que se logre su consumación o que quede en grado de tentativa.

En estos actos el sujeto inicia la conducta principal que constituye el delito, puede darse de forma perfecta cuando se efectúan todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, constituyendo su consumación; e imperfección en los casos de tentativa y desistimiento.

El comienzo de ejecución se debe admitir cuando el autor se introduce en la esfera de protección de la víctima o actúa sobre el objeto de protección.

Una vez iniciado los actos de ejecución pueden acontecer dos circunstancias:

1. Que aún cuando el sujeto activo realice actos de ejecución la consumación no se logre por circunstancias ajenas al autor, configurándose la tentativa del delito.
2. Que se perpetre el delito.

Tentativa

Según Fernando Velásquez Velásquez, la tentativa es *la ejecución incompleta del hecho tipificado en la ley o es un delito que se empieza o ejecuta pero nunca se consuma*.

De acuerdo al artículo 24 del C. Pn. Salvadoreño: *Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente*.

La tentativa supone la ejecución de un delito determinado con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a efectuarse por causas ajenas a la voluntad del autor.

El aspecto subjetivo de la tentativa coincide a cabalidad con el tipo consumado, no así el objetivo, en el que apenas existe un “*comienzo de ejecución*”, razón por la cual no puede dársele el mismo trato de un delito consumado.

Aquí se hace referencia a una figura que implica una extensión de la tipicidad básica, como una forma especial de configuración del tipo o dispositivo amplificador del mismo.

No siempre el individuo logra realizar lo que se propone, que muchas veces se queda en la mitad del camino, y, por otra parte, también sucede que la acción humana tipificada en el código penal con sujeto activo singular, puede ser realizada por varias personas o con la ayuda o contribución de otras desbordando así el marco típico, en estas dos hipótesis se hace necesario unos mecanismos amplificadores del tipo, porque en estas dos hipótesis, este ordenamiento sería impotente para aplicar la sanción criminal, ya que no cabrían en ninguno de los tipos plasmados en ella.

Se debe tomar en cuenta que la tentativa no viene determinada por la ausencia de resultado, sino por la ausencia de consumación, que es aquella conducta en que no concurren todos los elementos típicos requeridos por el delito.

El prevaricato por ser un delito de mera actividad se perpetra con la realización de la acción en el momento de dictarse resolución, sentencia o de dirigir a las partes en el proceso, independientemente de que se cause daño, sea susceptible de recurso o se haya realizado notificación y ejecutoriedad de la misma; por tanto no admite tentativa debido a que el tipo se ejecuta con la realización de la conducta prohibida por la norma –dictado de la resolución contraria a la ley, basada en hechos falsos o manifiestamente injusta.

Fundamento de punibilidad de la tentativa

La punibilidad de la tentativa no se fundamenta en el peligro que la acción representa para el bien jurídico, lo que resulta decisivo para fundamentarla es la exteriorización de una voluntad contraria al Derecho.

Esta oposición al ordenamiento jurídico exteriorizada en el comienzo de ejecución, comporta ya la infracción de la norma, porque tal manifestación es constitutiva de perturbación grave de orden social.

La razón de su castigo depende del punto de partida asumido y de la base ideológica que sustenta el Derecho Penal y tiene repercusiones en diversos ámbitos sobre todo en la punibilidad. La discusión sobre ello se encuentra a inicio del siglo XIX en Italia, Francia y Alemania, habiéndose formulado al respecto diversas posturas:

Teoría Subjetiva

Según la cual lo decisivo a la hora de punir la tentativa es la voluntad delictiva o la peligrosidad del autor, en todas sus formulaciones, estas ideas se apoyan en un *Derecho Penal de autor* que termina identificando el hecho tentado y el consumado restándole importancia a la amenaza o lesión del bien jurídico, como criterio que haya de tomarse en cuenta para distinguir entre uno y otro.

Lo anterior es suficiente para entender porque esta noción responden en el plano político a concepciones autoritarias del Estado, es el trasunto de las tesis preventivas de la pena tanto de carácter general como especial, de ahí que defiendan la punición de la tentativa inidónea y niegan cualquier distinción en las escalas de punición. Según esta si se castiga la voluntad criminal, no tiene sentido hacer diferencias basadas en el hecho realizado.

Basta con probar la existencia de una voluntad criminal o que de la actividad desplegada por el agente se desprenda dicha intención o que este obrada con la “resolución firme” de cometerlo.

De ser aplicado este criterio en sentido estricto, llevaría a la punición de actos tan alejados de la ejecución como *salir de la propia casa de madrugada, provisto de un arma, ganzúas, elementos para forzar las aberturas, una linterna, un saco vacío y cuerdas, que se denominaría como tentativa de robo calificado.*

En síntesis, las posturas subjetivas no ofrecen el criterio buscado porque acuden a pautas de imposible determinación.

Teoría Objetiva

Lo único que importa es el peligro o la lesión del bien jurídico, nacen como producto de las ideas liberales gestadas a partir del iluminismo lo que lleva a asumir un Derecho Penal de acto.

La tentativa se ve sancionada solo en cuanto trascienda al mundo exterior, plasmándose en actos que encierren un comienzo de ejecución independientemente de la voluntad criminal manifestada, lo cual no puede ser de otra manera cuando se parte del presupuesto que los pensamientos no delinquen, de lo anterior se desprende la necesidad de distinguir entre actos de preparación y actos de ejecución del delito y castigar solo estos últimos; se diferencia la tentativa idónea de la inidónea, negándole trascendencia jurídico penal a la segunda por no comportar peligro alguno para el bien jurídico y finalmente, en el ámbito de la penalidad, se da un tratamiento privilegiado al hecho tentado frente al consumado, por considerarlo menos grave.

Hay actos ejecutivos cuando se comienza a realizar la conducta típica respectiva, si ello no sucede, se trata de meros actos preparatorios; el punto de partida debe ser en todo caso la acción descrita en el tipo penal respectivo.

Teorías Mixtas

Pretenden hacer una simbiosis de ambas teorías destacando tanto la voluntad criminal y la peligrosidad del autor como el peligro para el bien jurídico. De esta manera se pretende poner límite a los excesos derivados de una y otra postura defendiendo la punición de la tentativa inidónea y postulando una atenuación de la pena de carácter facultativo para el dispositivo amplificador de los tipos penales, dependiendo de la mayor o menor peligrosidad de la acción desplegada por el agente.

Teoría Objetivo-Subjetiva

Según la cual el castigo de la tentativa se justifica en cuanto el agente realiza conductas socialmente relevante, que busca la dañosidad de los bienes jurídicos protegidos atendiendo al plan concreto del autor; la tentativa se castiga no por ser una mera manifestación de voluntad si no por la lesión y puesta en peligro en que se ponen los bienes jurídicos producto del comienzo de ejecución de un comportamiento dañoso.

Por lo anterior no puede en ninguna circunstancia castigarse la tentativa inidónea, debiéndose exigir siempre un comienzo de ejecución de la conducta y atenuarse obligatoriamente en estos casos, dado que se está frente a un injusto menos lesivos para el bien jurídico.

El Código Penal Salvadoreño adopta la postura de la teoría objetiva-subjetiva, porque en este se castiga la tentativa cuando representa una dañosidad o puesta en peligro de los bienes jurídicos penalmente protegidos, razón por la cual no es punible la tentativa inidónea por considerar que esta no representa peligro alguno

Clasificación de la Tentativa

a) Tentativa Inacabada

Se presenta cuando el sujeto no realiza todos los actos de ejecución para producir el resultado, a esta forma de tentativa también se le denomina: *tentativa simple*, aquella en que el autor no ha completado toda la actividad que de él requiere el proceso de consumación, consiste en dar comienzo a la ejecución de un delito determinado, con ánimo de consumarlo pero sin obtener la consumación formal ni hacer todo lo que según las circunstancias parecería necesario para lograrlo.¹⁵²

¹⁵² Miguel Alberto Trejo y otros. (1996) **Manual de Derecho Penal. Parte General**. 2° Edición, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador. Pág. 434.

b) Tentativa Acabada

Se presenta cuando el autor según su plan realiza todos los actos de ejecución necesarios para alcanzar la consumación del delito, aunque el resultado prohibido no se haya producido. Lo acabado de esta forma de tentativa se considera a partir del momento en que el autor cree que el resultado ya podría producirse. Es aquella en que el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica pero no se produce el resultado típico.¹⁵³

En esta tentativa el autor ha hecho todo lo que tenía que hacer para que se produjere la consumación, no obstante esta no ocurre por circunstancias ajenas a la voluntad de aquel, no se llega a producir el ataque al bien jurídico que protege el tipo.

c) Tentativa Inidónea

Se presenta cuando en la ejecución del hecho no se puede producir el fin propuesto por el agente debido a razones de hecho o jurídicas, es decir que la acción es inadecuada para causar el resultado típico.

En la legislación penal salvadoreña, se le conoce a esta figura como *delito imposible*, el cual se encuentra disciplinado en el artículo 25 CP: *No es punible el delito imperfecto o tentado cuando fuere absolutamente imposible la consumación del mismo, por falta de idoneidad del medio empleado, del sujeto que realiza la acción o por inexistencia del objeto.*

d) Desistimiento

Cuando el autor ha iniciado la ejecución de un hecho punible, el cual no alcanza su grado de consumación, porque voluntariamente el mismo autor lo evita. Habrá desistimiento siempre que el autor una vez iniciada la ejecución, por su voluntad no consuma el hecho.

¹⁵³Ibíd. Pág. 436.

El agente a pesar de haber comenzado la ejecución del hecho o haberla empleado mediante actos idóneos dirigidos a la consumación de manera voluntaria decide poner fin al acto delictivo, evitando que el resultado buscado se produzca.

El artículo 26 del Código Penal expresa: *No incurrirá en responsabilidad penal, el que desistiere voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito, o impidiere que el resultado se produzca, salvo que los actos de ejecución ya realizados sean constitutivos de otro delito consumado.*

Podría ocurrir, no obstante, que los actos realizados con anterioridad al abandono tuvieran ya carácter de delito y en tal caso la exención de pena se referirá únicamente al proyecto abandonado, pero no -como es lógico- al delito que ya se ha perfeccionado.

Si el autor impide voluntariamente que la víctima muera, desaparecería la tentativa de homicidio, pero no puede evitar las lesiones que aquel le ocasionó, persiste por tanto el delito de lesiones, que había consumado.

Al requerirse la voluntariedad en el abandono del proyecto criminal no se está exigiendo en modo alguno que el sujeto se arrepienta internamente de su mala acción, sino que exista una decisión libre y no motivada por la aparición en el transcurso de la ejecución de circunstancias que están entorpeciendo la consumación.

Requisitos

No realizados todos los actos de ejecución

- *La no continuación de los actos de ejecución:* es lo que va a imposibilitar que la realización del delito continúe y que el resultado prohibido se produzca.

- *Voluntariedad del desistimiento:* La decisión de no proseguir con los actos de ejecución únicamente puede provenir del interior del sujeto, no puede deberse a factores externos.
- *Carácter definitivo del desistimiento:* El autor debe abandonar de manera definitiva la idea de cometer el delito. La decisión de no continuar con la realización de los actos de ejecución del delito no debe ser entendida como sinónimo de postergación de la ocasión para cometerlo.

Realizado todos los actos de consumación

- Requiere los anteriores requisitos que se exigen cuando no se han realizados todos los actos ejecución, excepto que con respecto a la voluntariedad debe tenerse presente que solo es posible un desistimiento voluntario cuando el autor no ha sido todavía descubierto, porque una vez que el sujeto ha sido descubierto, cualquier evitación del resultado carece de sentido, porque en ese caso serian circunstancias externas las que estarían obligando al sujeto a no continuar con la realización del delito, situación distinta a un acto voluntario, que proviene del interior del sujeto, por ser una actitud psíquica del que desiste.

No obstante, hay que tomar en cuenta que la voluntariedad solo quedara excluida por el conocimiento que el autor tenga del descubrimiento del hecho por terceros, en razón de que solo el sujeto que sabe descubierto ya no puede desistir voluntariamente, por el contrario, aquel que no se sabe descubierto pese a estarlo puede voluntariamente desistir de consumir el hecho, porque no existe para el circunstancias externas que influyan en su accionar.

- *Que el autor haya impedido la producción del resultado:* cuando el autor evita voluntariamente la producción del resultado, esta imposibilitando toda consumación delictiva.

En el delito en indagación no se configura la tentativa acabada ni la inacabada, tampoco se pueden separar los actos de ejecución de los actos de consumación por ser un delito de mera actividad que no admite tentativa; por consiguiente el desistimiento tampoco se puede determinar.

Consumación

Considerada como la última categoría del Iter Criminis, se dice que un delito está consumado cuando se han reunido todos los elementos o condiciones para que pueda darse la figura delictiva de que se trate.

- **Consumación Formal**

Es la plena realización del tipo en todos sus elementos, por lo cual se adecua perfectamente a él, transgrediendo la norma.

Generalmente en delitos de resultado la consumación se realiza en el momento de la producción del resultado lesivo. En los delitos de peligro, el legislador no espera a que se produzca el resultado lesivo que con la prohibición penal se trata de evitar, sino que declara ya consumado el hecho en un momento anterior, para su consumación.

En los delitos de simple actividad la consumación ocurre con la simple realización de la conducta descrita en el tipo penal.

- **Consumación Material o Agotamiento**

Hay ciertos tipos en los cuales no se encuentran descritos ciertos actos ulteriores porque no pertenecen al delito, estos actos quedan más allá de la realización de la conducta y pertenecen a la fase de agotamiento del delito.

El autor no solo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía.¹⁵⁴

La distinción alcanza mayor importancia en los tipos de tendencia interna intensificada, que suponen en el autor determinado propósito, intención, motivación o un impulso, en donde este no solo realiza todos los elementos típicos, sino que además, consigue satisfacer la intención que perseguía; es decir que la finalidad del agente va más allá de la realización del tipo.

En la medida en que la consumación material está más allá de las previsiones típicas carece de relevancia jurídico-penal, porque los actos del agente en esta fase no excluyen ni disminuyen la responsabilidad sin embargo, en ocasiones son tomados en cuenta por el legislador para agravar o atenuar la responsabilidad actos o efectos posteriores.

El prevaricato por ser *un tipo penal de simple actividad*, se consuma con la realización de la conducta descrita en él, *-dictar a sabiendas resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o soborno, dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes interesadas en el juicio y dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia, o ignorancia inexcusable-* no requiere la producción de un resultado separable espacio-temporalmente en el mundo exterior.

2.2.3.2 Autoría y participación

El artículo 32 del Código Penal dispone: *incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices*. Lo que supone la diferenciación entre cada uno de ellos.

¹⁵⁴ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Óp Cit. Pág. 414.

La autoría y la participación ha sido de los temas que se han señalado como difíciles en el marco de la teoría del delito, debido a la caracterización de autor y su distinción del cómplice y principalmente en el ámbito de la coautoría y la participación de los delitos especiales propios, en los cuales no existe responsabilidad alguna para los extraneos -*sujetos que participan pero que no ostentan las cualidades requeridas por el tipo-*

El Prevaricato puede ser cometido por varias personas, no obstante por ser un delito especial propio restringe el ámbito de los autores, por lo cual resulta importante el estudio de la autoría y participación, porque dentro del análisis dogmático de la Teoría del Delito es necesario distinguir adecuadamente en un hecho punible, quienes tienen una actuación principal y quienes una actuación accesoria o dependiente de aquellos, en la realización de tal hecho.

Autoría

Existen diversas concepciones teóricas que han tratado de contestar las interrogantes que representa la autoría; la más aceptada en la doctrina es: Teoría final objetiva o del dominio del hecho.

Teoría final objetiva o del dominio del hecho

También llamada por otros autores teoría del dominio de hecho. Ha sido elaborada ampliamente por Claus Roxin¹⁵⁵ es la teoría dominante y la que el equipo investigador considera es la más completa.

Parte del concepto *dominio del hecho* para definir al autor, en la actualidad.

Fue formulada por la doctrina finalista de la acción, para ellos autor es quien tiene el *dominio final del hecho*, mientras que los que toman parte sin dominarlo son partícipes.

¹⁵⁵ Miguel Alberto Trejo y otros **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Óp Cit. Pág. 450.

El dominio del hecho puede presentarse de diferentes maneras:

- *Como dominio de acción:* se presenta cuando alguien ejerce dominio sobre los propios actos.-autor directo-
- *Como dominio de voluntad:* se presenta cuando alguien no participa en la ejecución directa, pero ejerce dominio de la voluntad ajena. - autoría mediata-
- *Como dominio funcional del hecho,* se presenta en el caso en que dos o más autores comparten conjuntamente el trabajo delictual. -casos de coautoría-

En suma, esta teoría pese a que no siempre permite una solución uniforme de los problemas, que presenta la distinción entre autor y participe en la totalidad de los delitos, es la más aceptada en la actualidad; además se considera coherente con los preceptos del Código Penal, así los arts. 33 y 34, estipulan la autoría directa, la mediata y la coautoría, en las cuales definitivamente debe existir dominio del hecho; asimismo los arts. 35 y 36 C. Pn., regulan la participación en sentido estricto, como formas distintas a la autoría por qué no contiene el dominio del que aquí se habla.

Formas de autoría

1. Autoría Directa o inmediata

El Código Penal en su artículo 33 determina que es *el que por sí comete el delito*; la común característica de los conceptos, tanto doctrinal como normativa, radica en la exigencia para el autor directo que el hecho debe ser cometido *por sí*, tratándose de un dominio objetivo de la propia voluntad.

La problemática aquí se sitúa en los delitos especiales: aquellos *que solo pueden ser realizados por aquel que cumple los requisitos del tipo, por lo que nada más ciertas personas poseen las condiciones personales para*

*llevar a cabo la conducta típica.*¹⁵⁶ El círculo de autores no es, en estos delitos, abierto, sino que está limitado a determinados sujetos.

Por consiguiente, la autoría es una posibilidad eminentemente personal, en virtud de situaciones como: nacionalidad, profesión, estado familiar, cargo, entre otras, a efecto de dotar de una específica calificación personal al sujeto activo del injusto, lo que da lugar a su denominación doctrinal de *intraneus*, y las personas que no tienen la calidad exigida por el tipo se les denomina *extraneus*.

En el caso de delitos especiales impropios, el *intraneus* responderá como autor del delito especial, y el *extraneus*, del delito común correspondiente. Y en el caso de delitos especiales propios, la conducta del autor *extraneus* no puede reputarse típica, puesto que el mismo no reúne las características exigidas por el tipo.

Esta solución no puede criticarse. Desde una perspectiva político-criminal, parece coherente con el punto de partida: cuando el legislador acude a delitos especiales es porque estima que la misma conducta ejecutada por sujetos que no reúnen las especificaciones típicas no puede tener la misma valoración que cuando es realizada por quien si las reúne.

En los casos de autoría mediata, será necesario y suficiente que las cualidades específicas exigidas al sujeto concurren en el autor mediato; en cambio, cuando se trate de delitos de propia mano, que requieren la realización personal de la conducta, no admite entonces la autoría mediata.

El ilícito exploración por ser especial propio, únicamente pueden ser autores el juez, magistrado, árbitro y secretario judicial.

¹⁵⁶ Jairo Daniel Chávez Mata y Santos Cecilio Treminio Salmerón. Óp Cit.. Pág. 36.

2. La Coautoría

Es una forma de autoría en la que el dominio final del hecho, es compartido por varios sujetos. Según el artículo 33 C.P., *es cuando el delito se realiza conjuntamente por varios sujetos.*

Velásquez Velásquez afirma que esta forma de autoría se manifiesta cuando *varias personas, previa celebración de un acuerdo común, realizan un hecho mancomunadamente, mediante una contribución objetiva a su cumplimiento; dicha figura se basa también en el dominio del hecho, que aquí es colectivo, por tanto, cada coautor domina todo el suceso en unión de otro o de otros.*

Elementos de la coautoría

- *Co-dominio del hecho*: una ejecución conjunta, si el dominio del hecho, en el sentido que cada uno de los autores tiene en sus manos el dominio del hecho, a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo.

- *Plan común para realizarlo*: el co-dominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta, por tanto, no puede existir sin la presencia de un acuerdo ejecutivo. Cada uno de los coautores responderá hasta donde alcanza el acuerdo recíproco; por consiguiente no hay responsabilidad por el exceso del otro.

La diferencia con la complicidad es que en la coautoría no hay subordinación a la voluntad de uno o varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

Se admite la coautoría en la Prevaricación, si todos los intervinientes pertenecen al mismo círculo personal que exige el tipo, intraneus: la infracción en común de un deber conjunto contribuye a la realización del tipo, pero solo será autor aquel que quebrante el deber especial productor del resultado.

Por tanto, se fundamenta la autoría, sin tener en cuenta la voluntad del autor ni el dominio del hecho: cuando varias personas se encuentran sujetas al mismo y único deber, hay coautoría, pero cuando se trata del extraneus no puede ser admitida en la prevaricación porque al sujeto activo le faltaría la cualidad especial que se requiere para la consumación de este ilícito.

Contribución objetiva del coautor

La existencia para la coautoría no solo requiere de una decisión común al hecho, sino también de un aporte objetivo al mismo. Debe determinarse que hay un aporte sin el cual la acción no hubiera podido cometerse, se utiliza la fórmula de la supresión mental *conditio sine qua non*, de modo que si se suprime mentalmente el aporte y la ejecución no puede realizarse, habrá una contribución necesaria. Si falta la colaboración objetiva en el hecho, aunque se haya participado en el plan, no habrá coautoría.

3. Autoría Mediata o indirecta

El Código Penal se refiere a la esta figura en el artículo 34 que literalmente dice: *Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento.*

A partir de esta definición, se infiere que el autor mediato debe realizar la acción típica que produzca el resultado prohibido, sirviéndose de otra persona.

La autoría inmediata del extraneus

En los delitos especiales algunos autores niegan la autoría mediata del extraneus, por la cualificación personal, exigida en los tipos especiales delictivos, como por ejemplo: la cualidad de funcionarios representa un tipo personalísimo y quien no posea esa cualificación -extraneus- no puede cumplir en absoluto el tipo en cuestión al ser un requisito intransmisible. En

todo caso si el tipo penal requiere cualidades específicas para el sujeto activo del delito, el autor mediato debe tener esa cualidad.¹⁵⁷

Ramos Tapia justifica la no penalidad del extraneus en los delitos especiales propios, por la inalcanzabilidad o inaccesibilidad que para el mismo tiene el bien jurídico o por no encontrarse en la posición del deber especial que requiere.

Caso contrario un intraneus puede ser autor mediato aunque utilice a un extraneus para realizar el delito. La única excepción a este principio es cuando el delito además de ser especial, es también de propia mano.

En el delito de Prevaricato se daría autoría mediata cuando un juez – ajeno a la causa- remita datos falsos para que el administrador de justicia – que conoce de esta dicte una resolución fundada en hechos falsos.

No obstante, la autoría mediata en el que un intraneus utilice a un extraneus para realizar el delito no puede darse, debido a que el delito en indagación además de ser un tipo especial es de propia mano.

Participación

La Participación es entendida como el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro¹⁵⁸. La participación es cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. Doctrinariamente se admiten dos formas de participación:

Formas de Participación

- a) Instigación:** De acuerdo al artículo 35 Pn.: *Son instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito.* Inductor, incitador o provocador es la persona que determina a otro a cometer el delito.

¹⁵⁷ Miguel Alberto Trejo y otros. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Óp. Cit. Pág. 454.

¹⁵⁸ Fernando Velásquez Velásquez, **Derecho Penal, parte General.** Óp. Cit. Pág. 564.

Requisitos

- *La inducción se debe de realizar con anterioridad a la ejecución del delito:* Asimismo puede ser concomitante, por ejemplo cuando en una discusión se incita a uno de los que discute a agredir a la parte contraria.
- *Tiene que ser directa:* es decir, entre el autor y el inducido debe de existir una relación personal e inmediata, a través de la cual se induzca de manera concreta la realización de un delito. No se admite la inducción en cadena.
- *Ha de ser eficaz:* Tiene que tener la suficiente entidad para que el inducido decida cometer el delito o que al menos inicie su ejecución.
- *Debe existir un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor:* es decir que la conducta típica realizada por el autor debe ser producto de la actividad desplegada por el inductor.
- *El instigador debe carecer del dominio del hecho:* si lo tiene sería un coautor, por tanto el autor material debe de tener en todo momento la capacidad para poder decidir si comete el hecho delictivo.
- *El inductor tiene que actuar con dolo:* concurriendo un doble dolo independiente: el de la acción inductora y el que abarca el delito a cometer.
- *El hecho al cual se induce debe consumarse o alcanzar al menos el grado de tentativa punible:* esta exigencia es importante en la medida en que no solo es necesario que medie de parte del inductor una acción idónea, valiéndose de medios adecuados.

b) Complicidad

Es la colaboración dolosa en un hecho determinado doloso, por actos anteriores, simultáneos o posteriores a la realización.

El artículo 36 C. Pn, disciplina esta figura: *Se consideran cómplices:*

1. *Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito; y,*
2. *Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél.*

En todo caso, no tendrán responsabilidad alguna en los delitos cometidos por medio de la prensa, radio, televisión u otros órganos similares de difusión, las personas que en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa.

- Complicidad necesaria o primaria

Se presenta cuando la ayuda que presta el cómplice al autor para la realización del hecho es de tanta importancia, que sin su aporte aquel no se habría realizado.

Esta forma de complicidad, en atención a la contribución, que debe de ser una cooperación necesaria, se sanciona con una escala penal muy próxima a la que le corresponde al autor principal, es decir, la pena del cómplice se fija entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena –art. 66 C. Pn-.

La idea de cooperación necesaria encierra los mayores problemas para distinguir entre las clases de complicidad, a lo cual la doctrina ha intentado esclarecer a través de la teoría de los bienes escasos, que define al *cooperador necesario* como aquel que contribuye al hecho con una cosa o actividad difícil de obtener, y complicidad no necesaria, la cooperación que se puede adquirir fácilmente.

La escases o no del bien, dependerá de las circunstancias de tiempo y lugar. Desde un punto general -por ejemplo- no son escasos, un bolígrafo, una medicina que se puede adquirir sin receta, una cuerda, un martillo, una

varilla de metal, fósforos, piedras, un palo, una escalera. Sin embargo, un bolígrafo puede ser escaso en un pequeño poblado de la selva amazónica.

- **Complicidad no necesaria o secundaria**

Es el que ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del hecho.

En efecto, la pena para esta forma de complicidad se fija entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo de la misma - art 66 C. Pn.-

En el ilícito penal en indagación, se admite la complicidad Ejemplo el testigo que miente en su testimonio para que el juez a sabiendas dicte sentencia basada en hechos falso, cometerá el delito de Falso Testimonio tipificado en el artículo 305 C. Pn. y será cómplice de Prevaricato.

En la modalidad de *Dirigir por interpósita persona a una de las partes en el juicio*, puede darse la complicidad –la interpósita persona- dependiendo de la teoría de la escasez de *Enrique Gimbernat* cuando este ofrece un bien escaso es un cómplice necesario, y cuando el bien no es escaso o una aportación que fácilmente puede el autor encontrar es un cómplice no necesario.

2.2.3.2 Concurso de Delitos

Una misma persona puede realizar un comportamiento penalmente relevante capaz de ubicarse en dos o más tipos penales, o un número plural de conductas que se ajusten en idéntico supuesto de hecho o en varios, esta problemática es denominada por la doctrina con el nombre de teoría de los concursos o de la concurrencia.

Las reglas para la aplicación de los concursos se encuentran reguladas a partir del artículo 40 del Código Penal.

En atención al número de acciones necesarias para configurar los concursos, se dividen en: ideal y real

Concurso ideal

Constituye una unidad de acción y pluralidad de delitos.

Se presenta cuando el autor, mediante una única acción realiza al mismo tiempo, una pluralidad de tipos penales; esto es cuando varios supuestos de hecho gobiernan una sola acción típica; que no se excluyen entre sí.¹⁵⁹

El concurso ideal tiene fundamento legal en el Art. 40 C. Pn., *Hay concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí.*

Según la legislación salvadoreña tiene dos modalidades de aplicación:

- a) Que un solo hecho constituya dos o más delitos: una acción lesiona varios bienes jurídicos que están protegidos en distintos tipos y por ello se generan varias infracciones diferentes.
- b) Que un delito sea medio necesario para cometer otro: hay diversas acciones que producen varios delitos ligados entre si por una relación de medio a fin.

El primer supuesto es el que propiamente se denomina como concurso ideal, mientras que el segundo se conoce como concurso medial. En ambos concurre la existencia de un acto de voluntad dirigido a la realización de toda la dinámica delictiva.

Deben concurrir los siguientes requisitos:

¹⁵⁹ Fernando.Velásquez Velásquez Op. Cit. Pág., 661.

- a) Acción única, entendida como la resolución unitaria ejecutiva del sujeto en contra del Derecho, con independencia del número de lesiones jurídicas
- b) Un solo acto produce varios resultados.

La doctrina distingue el concurso ideal homogéneo del concurso ideal homogéneo. El primero se produce cuando el hecho realiza delitos distintos, mientras que el segundo se dará cuando los delitos cometidos son iguales.¹⁶⁰

Penalidad del concurso ideal

El artículo 70 del Código Penal regula la penalidad del concurso ideal, para el caso del concurso ideal heterogéneo se aplicara al responsable la pena que le correspondería por el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte. El segundo inciso disciplina que cuando los delitos concurrentes tuvieren determinado en la ley el mismo máximo de pena, el tribunal determinara el delito que a su juicio merezca mayor pena y la aumentara hasta en una tercera parte de la misma, aplicable al concurso ideal homogéneo.

Concurso Medial

Cuando uno de los delitos concurrentes es el medio necesario para cometer otro.

El Artículo 40 C. Pn. equipara el tratamiento del concurso ideal, al del supuesto de que una infracción sea medio necesaria para cometer otro. Por lo que se entiende como una manifestación del concurso ideal, caso contrario, se constituiría una doble sanción de la misma voluntad, al castigar por separado los delitos incluidos en el plan del autor.

¹⁶⁰ Santiago Mir Puig. (2012). **Derecho Penal Parte General**. 9ª edición, Buenos Aires, Argentina. Pág. 656.

En éste, dos o más acciones tipificadas como delitos distintos están ligadas entre sí, por una relación de medio a fin como expresión de la voluntad delictiva del sujeto. Dicha relación debe ser estimada en concreto, resultando imprescindible la forma en que ocurrieron los hechos de manera que el delito medial ha de ser instrumento indispensable para la perpetración del delito final.

El juicio sobre la necesidad de la infracción medial debe hacerse valorando la viabilidad de otras alternativas en el conjunto del plan del autor.

Concurso Real

Pluralidad de acciones y delitos provenientes del mismo sujeto.

Según Francisco Muñoz Conde, *Concurso real es cuando se da una pluralidad de acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o varios tipos penales, realizados por la misma persona y que concurren para ser juzgados en un mismo proceso*¹⁶¹.

A diferencia del Ideal, en este no debe presentarse unidad de acción, por ello se consideran excluyente el uno del otro, es así que en el concurso real no debe haber multitud de tipos penales si no separación de ellos.

Elementos:

a) Diversidad de acciones totalmente independientes en tiempo y espacio, debe tratarse de un número múltiple de acciones u omisiones autónomas;

b) Distinta concurrencia de tipos penales sean o no de la misma especie;

c) Unidad de sujeto activo, dentro del cual son estimables las formas de autoría y participación si concurren al mismo hecho, respetándose los criterios generales de participación en el delito, porque supone que solo una

¹⁶¹Muñoz Conde, Francisco, Óp. Cit. Pág. 484.

persona sea la autora de la pluralidad de acciones jurídico-penales sin importar si actúa sola o lo hace de manera mancomunada con otra u otras.

d) Unidad o pluralidad de víctimas; ello indica que una o más personas pueden resultar afectadas por la actividad criminal realizada por el mismo agente,

e) Que no medie sanción interpuesta por los hechos sometidos a concursos, ello tiene un claro fundamento constitucional, la garantía de no ser sancionado doblemente por los mismos hechos, lo cual permite considerar que esa situación constituyente de una norma de garantía.

En conclusión, este concurso se caracteriza por la existencia de distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas jurídicos a la teoría del delito, porque se cumple sin ninguna complejidad en relación de cada uno de los delitos que entran en concurso.

En doctrina se diferencia entre *Concurso real homogéneo*: Cuando la pluralidad de acciones independientes sean realizadoras del mismo tipo penal y *Concurso real heterogéneo*: Cuando el agente consuma diversos tipos penales.

Penalidad del concurso Real

El Art. 71 C. Pn., prescribe la penalidad del Concurso Real “En caso de concurso real de delitos se impondrá al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando por la pena mayor. Se impondrá al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando con la pena mayor.

Para imponer la sanción correspondiente, se aplica el Principio de acumulación matemática, si por la naturaleza de la pena no puede llegarse a

un cumplimiento simultáneo. La regla general es la consecución sincronizada, la excepción se da cuando hay una imposibilidad material, dándose en todo caso una ejecución sucesiva.

No debe olvidarse el principio de proporcionalidad en el concurso real, y que en atención a él las sanciones impuestas deben ser racionales y coherentes a la finalidad de la pena, por lo tanto no deben ser perpetuas, puesto que la multiplicidad puede hacer derivar un sistema indeterminado que genere castigos perpetuos por acumulación.

Concurso Ficto de Leyes

Se da cuando un hecho es incluíble en varios preceptos penales de los que solo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría la incriminación repetida del mismo hecho, lo que está proscrito. Una sola norma comprende todo el juicio de reproche al hecho o hechos concurrentes y por ello es un solo delito el que se efectúa y no varios. El precepto viene a resolver aquellos supuestos distintos al concurso real o ideal a los que de forma excluyente invoca.

Esta figura se encuentra descrita en el artículo 7 del C. Pn. que literalmente dice: *Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código y no comprendidos en los artículos 40 y 41, de este Código se sancionarán observando las reglas siguientes:*

1. *El precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general;*
2. *El precepto subsidiario se aplicará en defecto del precepto principal, cuando se declare expresamente dicha subsidiaridad o ella sea tácitamente deducible; y*
3. *El precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquél.*

Reglas para la aplicación del concurso aparente de ley

1. Principio de Especialidad

Existe concurso de leyes cuando de los varios preceptos aparentemente concurrentes uno de ellos contempla mas específicamente el hecho que los demás, y tal concurso de leyes debe resolverse aplicando solo la ley mas especial.¹⁶² La regulación más especial será la que, además de los presupuestos contenidos por este, comprende otros adicionales que le acercan más al hecho que se enjuicia; es el que incluye la mayor parte de elementos de la conducta delictiva.

2. Principio de subsidiariedad.

Implica la utilización auxiliar de un supuesto típico, cuando no intervenga otro tipo penal, que de manera principal abarque la conducta, de ahí que siempre el precepto que es subsidiario o accesorio, será desplazado por otra regulación que de manera principal, permite adecuar la tipicidad.

La subsidiariedad puede venir reflejada expresamente o deducirse de forma tacita. En la primera: cuando en el propio precepto se manifiesta que su aplicación queda condicionada a que el hecho que prevé no constituya un delito más grave. La tacita, no será manifestada en la norma, pero la interpretación del precepto lleva a concluir que este no pretende ser utilizado, cuando el hecho puede ser calificado de forma más grave en virtud de la aplicación de otra norma que también contiene las circunstancias acaecidas –Ejemplo: estafa y cheque sin provisión de fondos art 243-.

3. Principio de consunción

Conduce a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por si solo incluye <consume> ya el desvalor que este supone, por razones

¹⁶² Santiago Mir Puig. (2012). Derecho Penal Parte General. Op. Cit. Pág.664.

distintas a la especialidad y ala subsidiariedad.¹⁶³ Significa que un precepto contiene en si el supuesto de hecho de otro.

Ello sucede porque el legislador al constituir el tipo más amplio, ya ha tenido en cuenta el juicio de reproche de los que quedan consumidos por él.

Solo puede admitirse cuando ninguna parte del hecho queda sin respuesta penal, porque de lo contrario, habrá que aplicar el conjunto de normas que comprenden íntegramente el desvalor del hecho, guardando entre si la relación concursal que resulte oportuna.

En el ilícito en indagación puede haber concurso aparente entre Privación de Libertad por funcionario público –Art. 290 C.Pn.- cuando por interés personal o soborno el juez dicte sentencia condenatoria contraria a la ley en un proceso penal.

Así mismo con el delito de Cohecho Propio –Art.330 C.Pn.- en el caso del “soborno” que hace alusión el tipo.

Delito Continuado

El C. Pn. en el artículo 42. Disciplina: Hay *delito continuado cuando con dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución, se cometen varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aún cuando no fueren de distinta gravedad.*

No hay delito continuado en los delitos de homicidio y lesiones.

En este caso supone solo la comisión de un delito, aunque cometido en diversos momentos y a través de la relación de distintas acciones; lo que el sujeto hace es fraccionar en el tiempo una conducta a la que guía un mismo designio de forma que los actos particulares que se ejecutan, no son sino parte del resultado global que se pretende.

¹⁶³ *Ibíd.* Pág. 666.

El Prevaricato no es susceptible de ser un delito continuado porque es un tipo de mera conducta.

Delito Masa

Hace referencia a conductas de contenido defraudatorio patrimonial, en el que la actuación del sujeto activo se desglosa a través de una pluralidad de actos ligados entre sí, por un plan preconcebido común en el que no se define en un primer momento una víctima concreta de esa acción, si no una diferenciada multitud de posibles víctimas que pueden ir siendo defraudadas a medida que se van sucediendo las diversas conductas a desarrollar.

El comportamiento se circunscribe a las infracciones patrimoniales en su modalidad delictiva de fraude colectivo: el delito de masa llamado de muchedumbre existe cuando una sola acción engañosa es hábil para producir el error y la defraudación en muchas personas, bien de una sola vez o escalonadamente.

El artículo Art. 43 C. Pn. expresa:- *Cuando en las defraudaciones el agente obtenga diversas cantidades de dinero en perjuicio de una pluralidad de sujetos indiferenciados, el hecho deberá estimarse en conjunto como un sólo delito, tomándose como monto del perjuicio patrimonial el conformado por el importe global de lo defraudado.*

El delito masa será utilizado únicamente para impedir la impunidad o un tratamiento injustificadamente benévolo de los hechos que considerados individualmente no constituyan delito por razón de su cuantía.

Este precepto tiene aplicación para aquellas actuaciones que consideradas de forma independiente carecen de relevancia jurídico penal, al

no cumplir con el mínimo determinado en la ley penal para ser considerados como delitos.

El Prevaricato no es susceptible de ser un delito masa porque no constituye una conducta de contenido defraudatorio patrimonial.

2.2.4 Derecho Comparado

Es la disciplina que se ocupa del estudio de instituciones jurídicas o sistemas de derecho localizados en diversos lugares. La finalidad de esta ciencia es indagar puntos de coincidencia y diferencias específicas entre los diversos ordenamientos sometidos a investigación.

En el tema objeto de indagación se utiliza este método para conocer las distintas técnicas legislativas utilizadas para tipificar el Prevaricato en los distintos ordenamientos jurídicos.

Es preciso puntualizar la regulación del delito objeto de estudio según el Código Penal Salvadoreño para luego observar las semejanzas y diferencias respecto a legislaciones penales de otros países; utilizando la matriz que a continuación se presenta:

País	Tipo	Verbo rector	Penas
E L S A L V A D O R	<p>Titulo XV Delitos Relativos a la Administración de Justicia</p> <p>Art. 310. El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.</p> <p>Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión.</p> <p>Lo dispuesto en el inciso primero será aplicable, en su caso, a los árbitros.</p> <p>Se tendrá como prevaricato el hecho de que un magistrado juez o secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado</p>	<p>Dictar y</p> <p>Dirigir</p>	<p>Tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo, en la primera modalidad.</p> <p>Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión.</p> <p>Prisión de uno a tres años, en la segunda modalidad.</p>

	<p>o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.</p> <p>Los que incurran en este delito serán sancionados con prisión de uno a tres años.</p> <p>El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.</p>		Prisión de dos a cuatro años, en la tercera modalidad.
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
M E X I C O	<p>Titulo décimo Primero. Delitos cometidos contra la Administración de Justicia. Capítulo I Delitos cometidos por los servidores públicos.</p> <p>Artículo 225- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por los servidores públicos los siguientes:</p> <p>Conocer de negocios para los cuales tengan impedimento legal o abstenerse de conocer de los que les corresponda, sin tener impedimento legal para ello;</p> <p>Desempeñar algún otro empleo oficial o puesto o cargo particular que la ley les prohíba;</p> <p>Litigar por sí mismo o interpósita persona, cuando la ley les prohíba el ejercicio de su profesión;</p> <p>Dirigir o aconsejar a las personas que ante ellos litiguen.</p> <p>No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello.</p> <p>Dictar, a sabiendas, una resolución de fondo o una sentencia definitiva que sean ilícitas por violar algún precepto de ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio o al veredicto de un jurado; u omitir dictar una resolución de trámite de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro de los</p>	<p>No se denomina el delito expresamente como prevaricato</p> <p>Se regula la prevaricación omisiva.</p> <p>Los sujetos activos del ilícito son los servidores públicos en general.</p> <p>Los árbitros no son sujetos activos del delito.</p> <p>Incluye otras modalidades como: conocer negocio cuando un juez tiene un impedimento legal, retardar la administración de justicia entre otros.</p>	<p>Las modalidades de prevaricación se regulan en un solo artículo.</p> <p>Se instituye el prevaricato de hecho y el de derecho.</p> <p>El sujeto pasivo del delito es el Estado – Administración de Justicia-.</p> <p>Se disciplina la modalidad de dirigir al interesado o las partes.</p> <p>El bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.</p> <p>Dictar y dirigir son verbos rectores de la conducta delictiva descrita en el supuesto de hecho.</p> <p>Se establece la pena de multa.</p>

	<p>términos dispuestos en la ley.</p> <p>Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzca un daño o concedan a alguien una ventaja indebida.</p> <p>Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia.</p> <p>A quien cometa los delitos previstos en las infracciones se les impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa.</p> <p>En todos los delitos previstos en este Capítulo, además de las penas de prisión y multa previstas, el servidor público será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.</p>		
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
G U A T E M A L A	<p>Título XIV de los delitos contra la Administración de Justicia III.</p> <p>Prevaricato Artículo 462. El juez que a sabiendas, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos, será sancionado con prisión de dos años a seis años. Si la resolución dictada consistiera en sentencia condenatoria en proceso penal, la sanción será de tres a diez años.</p> <p>Prevaricato culposo Artículo 463. El juez que por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos, será sancionado de cien a un mil de quetzales e inhabilitación especial de uno a dos años.</p> <p>Prevaricato de árbitros Artículo 464 Lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 462 y en el</p>	<p>El término Juez involucra a los aplicadores de justicia, razón por la cual no se hace referencia a los magistrados como sujetos activos del ilícito.</p> <p>No se regula sobre el interés personal o soborno.</p> <p>No se disciplina la modalidad de dirigir a las partes o al interesado, por tanto los secretarios judiciales no son sujetos activos del delito.</p> <p>No se regula la sentencia manifiestamente injusta.</p>	<p>Se instituye con penas más grave cuando la sentencia es condenatoria en proceso penal.</p> <p>Se regula tanto el prevaricato de hecho como derecho.</p> <p>Se instituye la prevaricación dolosa y culposa.</p> <p>El juez y los árbitros se consideran sujetos activos del delito.</p> <p>El bien jurídico protegido es la administración de justicia.</p> <p>Se utiliza el verbo rector dictar en la descripción típica del delito.</p>

	artículo anterior, será aplicable, en sus respectivos casos, a los árbitros	La prevaricación culposa se regula en un epígrafe aparte. No se incluye pena de prisión para la prevaricación imprudente. Se incluye la pena de multa.	
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
H O N D U R A S	<p>Título XIII Delitos Contra La Administración Pública. Capítulo IX. Prevaricación</p> <p>Artículo 378. Incurrirá en reclusión de tres-3- a nueve -9- años, mas inhabilitación especial por el doble del tiempo que dure la reclusión, el juez que con malicia o conciencia de la injusticia dicte sentencia contraria a la ley para favorecer o dañar a un encausado en materia criminal.</p> <p>Artículo 379. Se sancionara con reclusión de tres -3- a cinco -5- años: Al juez que con malicia y verdadera conciencia de su injusticia dicte sentencia contraria a la ley en un juicio no criminal; y, Al funcionario que con malicia y conciencia de la injusticia que dicte una resolución acuerdo o decreto contrario de ley en asuntos puramente administrativos.</p> <p>Artículo 380. Incurrirá en la pena de inhabilitación especial de tres -3- a cinco -5- años: El juez que se niegue a fallar pretextando oscuridad insuficiencia o silencio de la ley; El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable dicte sentencia manifiestamente ilegal; y,</p>	<p>El delito se regula en los delitos contra la administración de pública.</p> <p>No se regula el prevaricato de hecho. La modalidad dolosa se expresa con los términos malicia o conciencia.</p> <p>No se disciplina el interés personal o soborno.</p> <p>Se instituye la prevaricación culposa administrativa.</p> <p>La prevaricación culposa y omisiva se regulan en artículos apartes.</p> <p>No existe prevaricato por dirigir a las partes en el proceso.</p> <p>Los árbitros y secretarios judiciales no se consideran sujetos activos del delito.</p> <p>Se incluyen los funcionarios administrativos como sujetos activos del ilícito.</p> <p>Se incluye la modalidad de negarse a fallar en un proceso.</p>	<p>Se regula el prevaricato de derecho.</p> <p>La pena mas elevada es en proceso criminal-penal-.</p> <p>Se norma la prevaricación dolosa y culposa.</p> <p>La modalidad culposa puede darse por negligencia o ignorancia inexcusable.</p> <p>El juez es sujeto activo del delito.</p> <p>Se utiliza el verbo rector dictar en la descripción típica del delito.</p> <p>Se considera sujeto pasivo del delito al estado.</p>

	El funcionario administrativo que por negligencia o ignorancia inexcusable dicte acuerdo o resolución manifiestamente ilegal, en asunto meramente administrativo.		
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
N I C A R A G U A	<p>Título VII Delitos Peculiares de los Funcionarios y Empleados Públicos. Capítulo II. Prevaricato.</p> <p>Art. 371- cometen prevaricato: El magistrado o juez que conoce, juzga o resuelve contra ley expresa, por soborno, interés personal o afecto o desafecto a alguna persona o corporación. El magistrado o juez que conoce en causa que patrocino como abogado.</p> <p>El que da consejo a alguno de los que litigan ante él, acerca de negocios pendientes en su tribunal.</p> <p>El magistrado o juez que se niega a juzgar bajo pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley.</p> <p>El magistrado o juez que durante la tramitación de una causa entre en relaciones carnales o amorosas con algunas partes del juicio o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad.</p> <p>Art. 372- Los reos de los delitos comprendidos en los incisos. 1,2 y 3 del artículo precedente, serán castigados con inhabilidad absoluta de tres a cinco años y multa de doscientos a ochocientos córdobas. Los comprendidos en los incisos 4 y 5 sufrirán inhabilitación absoluta de seis meses a un año o multa de cincuenta a doscientos córdobas.</p>	<p>No se regula el prevaricato de hecho. No se utilizan los verbos rectores dictar y dirigir en la modalidades de comisión del ilícito. Se disciplina la prevaricación omisiva. No se regula la prevaricación imprudente. El patrocinio infiel se tiene como una modalidad de prevaricación. Los abogados, procuradores o defensores son sujetos activos de ilícito. Los árbitros no son sujetos activos del delito. Las penas se regulan en un artículo aparte del que contiene el supuesto de hecho. La pena impuesta al prevaricador es la de inhabilitación absoluta y multa.</p>	<p>Se regula el prevaricato de derecho. El magistrado o juez y los secretarios judiciales sujetos activos del delito. La sentencia se puede dar por interés personal o soborno. Se regula la modalidad de dirigir el proceso cuando dice: el que da consejo a alguno de los que litigan ante el.</p>

	<p>Art 373- Cometan también prevaricato.</p> <p>Los abogados procuradores o defensores que aconsejan representen o defiendan ambas partes simultáneamente o que después de aconsejar representar o defender a una parte aconsejen, represente o defiendan a la contraria en la misma causa.</p> <p>Los secretarios de los tribunales y juzgados que en las causas en que actúen defiendan o aconsejen a alguno de los litigantes.</p>		
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
C O S T A R I C A	<p>Título XV Delitos contra los deberes de la Función Pública. Sección IV Prevaricato y Patrocinio Infiel.</p> <p>Prevaricato.</p> <p>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.</p> <p>Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.</p> <p>Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso a los árbitros y arbitradores.</p>	<p>El interés personal o soborno no se regula en la modalidad dolosa.</p> <p>No se tiene como prevaricador el hecho de dirigir a las partes o al interesado.</p> <p>No se establece pena de inhabilitación al prevaricador.</p> <p>No se disciplina la prevaricación imprudente.</p> <p>Se incluyen además de los Funcionarios Judiciales, los Funcionarios Administrativos, como Ministros</p> <p>Se incluye los arbitradores como sujetos activos del delito.</p>	<p>Regula el prevaricato de hecho y de derecho.</p> <p>La pena se agrava si la sentencia se dicta en causa criminal.</p> <p>Los árbitros pueden ser sujetos activos del ilícito.</p> <p>Se utiliza el verbo rector dictar en la descripción de la conducta delictiva.</p>
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
P	<p>Título X Delitos contra la administración pública. Capítulo</p>	<p>No se instituye sobre el interés personal o</p>	<p>El juez y magistrado se consideran sujetos</p>

A N A M A	<p>III Corrupción de Servidores Públicos.</p> <p>Prevaricato.</p> <p>Artículo 331- El servidor público que por sí o por interpuesta persona, reciba por un acto de sus funciones en dinero u otro beneficio alguna retribución que no se le deba o cuya promesa acepte, será sancionado con prisión por 6 meses a 2 años y de 50 a 100 días-multa.</p> <p>Artículo 332- El servidor público que para redactar u omitir un acto debido propio de sus funciones o para ejecutar un acto contrario a sus deberes reciba o se haga prometer dinero u otro beneficio para el o para un tercero será sancionado con prisión de 2 a 4 años y de 100 a 200 días –multa.</p> <p>Artículo 333- Si el autor del hecho punible descrito en el artículo anterior fuese en juez magistrado o agente del ministerio público y el dinero beneficiado o promesa tuviere por objeto favorecer o perjudicar a una parte en el proceso aunque sea de carácter administrativo la sanción se agravara de una cuarta parte a la mitad.</p> <p>Artículo 334- Las sanciones establecidas en los tres artículos precedentes son aplicables al que dé o prometa al servidor público la suma de dinero o beneficio indebido.</p>	<p>soborno, sino de beneficios o promesas.</p> <p>Se tiene una forma de prevaricación omisiva. No se regula el prevaricato de hecho ni el prevaricato de derecho</p> <p>No se disciplina la prevaricación culposa. Son sujetos activos del delito los servidores públicos en general, y los agentes del ministerio público.</p> <p>La descripción típica no hace referencia al dictado de sentencia injusta si no al favorecimiento o perjuicio causado a las partes.</p> <p>Los árbitros y secretarios judiciales no son sujetos activos del delito.</p> <p>No se considera prevaricato el hecho de dirigir a las partes o interesado en el juicio.</p> <p>Las sanciones son también para la persona que ofrezca el beneficio económico o indebido aun sin tener calidad especial.</p> <p>No regula la inhabilitación para el prevaricador.</p>	<p>activos del ilícito.</p> <p>Se da prevaricación por dinero u otro beneficio-interés personal o soborno-.</p>
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
C U B	<p>Título II: Delitos contra la Administración y la Jurisdicción Capítulo I : Violación de los</p>	<p>No se regula el prevaricato de hecho. Incluye pena de multa.</p>	<p>Regula el prevaricato de hecho. Incluye la agravante</p>

<p>A</p>	<p>Deberes Inherentes a una Función Pública</p> <p>Sección Sexta : Prevaricación Artículo 136.- El funcionario público que intencionalmente dicte resolución contraria a la ley en asunto de que conozca por razón de su cargo, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.</p> <p>Artículo 137.- El funcionario público que retarde maliciosamente la tramitación o resolución de un asunto de que conozca o deba conocer u omite injustificadamente el cumplimiento de un deber o de un acto que le venga impuesto por razón de su cargo o rehúse hacerlo, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.</p> <p>Artículo 138.1.- El juez que intencionalmente contribuya con su voto a que se dicte, en proceso penal, sentencia contraria a la ley, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.</p> <p>2. Si intencionalmente contribuye con su voto a que se dicte sentencia contraria a la ley en asunto no penal sometido a su jurisdicción, la sanción es de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas.</p> <p>3. Si en vez de sentencia se trata de otra resolución, las sanciones previstas en los dos apartados anteriores se reducen a la mitad.</p> <p>Artículo 139.- El que, faltando a los deberes de su cargo, deje maliciosamente de promover la persecución o sanción de un</p>	<p>Regula el prevaricato por omisión. Incluye otras conductas como prevaricato: retardar un asunto o tramitación. No incluye interés personal o soborno en la comisión. Los fiscales pueden ser sujetos activos del delito. No incluye la dirección de las partes en el proceso como conducta prevaricadora. No se regula la prevaricación culposa.</p>	<p>cuando es en proceso penal.</p>
-----------------	---	--	------------------------------------

	delincuente, o promueva la de una persona cuya inocencia le es conocida, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.		
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
P U E R T O R I C O ¹⁶⁴	DELITOS CONTRA LA FUNCION JUDICIAL. Artículo 291.- Promesa de rendir determinado veredicto o decisión. Será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años todo jurado o persona sorteada o citada como tal, o todo juez, árbitro o persona autorizada por ley para oír y resolver una cuestión o controversia que: (a) prometa o acuerde pronunciar un veredicto o decisión a favor o en contra de una de las partes; o (b) admita algún libro, papel, documento o informe relativo a cualquier causa o asunto pendiente ante ella, excepto en el curso regular de los procedimientos.	Las conductas no se denominan con el epígrafe "Prevaricato". Instituye como sujeto activo al jurado. La pena es fija, no establece mínimos ni máximos. La promesa de pronunciar veredicto es una conducta ara cometer el delito. Instituye otras modalidades como: admitir algún libro, papel, documento o informe relativo a cualquier causa o asunto pendiente. No se estipula si concurre el prevaricato de hecho y derecho. No incluye el interés personal ni el soborno. La regulación es general. Solo norma la pena de prisión.	Se incluye al Juez y arbitro como sujetos activos del delito. Se infiere el prevaricato de derecho cuando dice: pronunciar un veredicto o decisión a favor o en contra de una de las partes.
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
C O L O M B I	Título XV. Delitos La Administración Pública. Capítulo Séptimo. Prevaricato Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor que profiera resolución, dictamen o concepto	No se regula el prevaricato de hecho. No se incluye el interés personal o soborno. Los servidores públicos son sujetos activos del delito.	Se regula el prevaricato de derecho-contrario a la ley-. Se disciplina la emisión de resoluciones injustas por parte del sujeto

¹⁶⁴Código Penal a entrar en vigencia el 1 de septiembre de 2012.

A	<p>manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres -3- a ocho -8- años, multa de cincuenta -50- a doscientos -200- salarios mínimos mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco -5- a ocho -8- años.</p> <p>Artículo 414. Prevaricato por omisión. El servidor público que omita, retarde, rehúse, o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos -2- a cinco -5- años, multa de diez -10- a cincuenta -50- salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco -5- años.</p>	<p>Se disciplina la prevaricación activa y omisiva.</p> <p>No existe la modalidad de dirigir a las partes o al interesado.</p> <p>No se instituye la prevaricación culposa.</p> <p>Se impone la pena de multa a la conducta del prevaricador.</p> <p>El delito está regulado en el título de los delitos contra la Administración Pública.</p>	<p>activo.</p> <p>Se utiliza el verbo rector proferir, referido al dictado de resoluciones injustas en la descripción típica de ilícito.</p>
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
B R A S I L	<p>Prevaricación</p> <p>Artículo 319 - El que retardare o se abstenga de hacerlo, por error, cualquier acto oficial o practicarlo en contra de disposición expresa de la ley, para satisfacer los intereses o sentimientos personales:</p> <p>Pena - reclusión de tres meses a un año y multa.</p>	<p>No utiliza el término dictar.</p> <p>Dirigir el proceso no es una modalidad de prevaricato.</p> <p>No individualiza a los sujetos activos.</p> <p>Se implementa la pena de multa.</p> <p>Se incluye la prevaricación omisiva.</p> <p>No se regula el prevaricato de hecho.</p> <p>Existen otras modalidades de comisión cuando dice "en cualquier acto oficial".</p> <p>No incluye la prevaricación imprudente</p>	<p>Se regula el prevaricato de derecho.</p> <p>Se disciplina la pena de prisión.</p>
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
E C	<p>CAPITULO VI</p> <p>Del prevaricato</p> <p>Art. 277.- Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión:</p>	<p>Existe el prevaricato por omisión.</p> <p>No se incluye el prevaricato de hecho.</p> <p>Los empleados</p>	<p>Los árbitros son sujetos activos del delito.</p> <p>Incluye el interés personal para la</p>

<p>U A D O R</p>	<p>1o.- Los jueces de derecho o árbitros juris que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra Ley expresa, o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece;</p> <p>2o.- Los jueces o árbitros que dieren consejo a una de las partes que litigan ante ellos, con perjuicio de la parte contraria;</p> <p>3o.- Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan;</p> <p>4o.- Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehúsen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público;</p> <p>5o.- Los demás empleados, oficiales y curiales que, por cualquiera de las causas mencionadas en el numeral primero, abusen dolosamente de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona; y,</p> <p>6o.- Los jueces o árbitros que conocieren en causas en las que patrocinaron a una de las partes</p>	<p>públicos pueden ser sujetos activos del delito.</p> <p>Incluye otras modalidades comisivas cuando estipula: rehúsen o retarden la administración de justicia.</p> <p>Los empleados oficiales también pueden cometer prevaricato.</p> <p>Se considera que el patrocinio infiel es una forma de cometer prevaricato.</p>	<p>comisión dolosa.</p> <p>Se regula el prevaricato de derecho.</p> <p>Se instituye la modalidad de dirigir a las partes en proceso cuando dice: dieren consejo.</p> <p>No existe la modalidad culposa.</p> <p>Todas las modalidades se disciplinan en un solo artículo.</p>
---	---	---	--

	como abogados o procuradores.		
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
A R G E N T I N A	<p>Capítulo X, del Título XI, dentro de los delitos contra la administración pública.</p> <p>Artículo 269. - Sufrirá multa de tres mil pesos a setenta y cinco mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.</p> <p>Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.</p> <p>Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables compondores.</p> <p>Artículo 270. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.</p>	<p>Pluralidad de sujetos activos, extendiéndose a fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir dictamen ante Juez.</p> <p>Se instituye la inhabilitación temporal y la perpetua.</p> <p>La utilización del término juez involucra los aplicadores de justicia, razón por la cual no se hace referencia a los magistrados.</p> <p>No se tiene por prevaricato el hecho de dirigir al interesado o a las partes por ello el secretario judicial no es considerado como sujeto activo.</p> <p>No se disciplina la prevaricación culposa.</p> <p>No se regula sobre el interés personal o soborno.</p>	<p>Se regula el prevaricato de hecho y de derecho</p> <p>La pena se agrava si la sentencia se dicta en causa criminal.</p> <p>El juez y los árbitros pueden cometer el ilícito por tanto son sujetos activos del mismo.</p> <p>Se utiliza el verbo rector dictar en la descripción típica de la conducta delictiva.</p> <p>.</p>
País	Tipo	Diferencias	Semejanzas
A L E M A N I A	<p>Hechos Punibles en el ejercicio del cargo Público.</p> <p>Prevaricato</p> <p>339. Prevaricato</p> <p>Un juez, otro titular de cargo o un árbitro que se le encuentre culpable de un prevaricato, en la dirección o decisión de un negocio jurídico a favor o en desventaja de una parte, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta cinco años.</p>	<p>Se incluye como sujeto activo a persona que sea titular de un cargo publico.</p> <p>No es sujeto activo del mismo los secretarios judiciales.</p> <p>La descripción típica no define que debe entenderse por prevaricato.</p> <p>La prevaricación culposa no se encuentra regulada.</p>	<p>El juez y el árbitro son sujetos activos del delito.</p> <p>El verbo rector dirigir es utilizado en la descripción típica del ilícito.</p> <p>El dirigir o decidir en un negocio jurídico con observancia de prevaricato se tiene como la conducta delictiva.</p>

		Se regula una sola pena para la conducta del prevaricador – de uno a cinco años. No se disciplina sobre el interés personal o soborno.	
Pais	Tipo	Diferencias	Semejanzas
E S P A Ñ A	<p>Titulo XX. Delitos contra la Administración de justicia. Capítulo I. De la Prevaricación. Art 446. El juez o magistrado que a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por el delito y la sentencia no hubiere llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratare de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas.</p> <p>Art 447 El juez o magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictare sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.</p>	<p>No existe prevaricación por dirigir a las partes o interesados en el proceso. No incluye como sujetos activos del ilícito penal de prevaricato, a los árbitros ni a los secretarios judiciales. Solo existe pena de prisión en el caso de prevaricación en causa criminal. Existen penas diferentes cuando se trata de causa criminal dependiendo de la ejecutoriedad de la decisión. La prevaricación culposa se encuentra regulada en un artículo aparte. La modalidad culposa solo tiene pena de inhabilitación. Se incluye la imprudencia grave en la prevaricación culposa. Incluye la aplicación de penas accesorias como: la inhabilitación absoluta y pena de multa. No se regula sobre el interés personal o soborno, que debe apreciarse en el juzgador al momento de dictar la sentencia o resolución injusta.</p>	<p>Que el delito se comete cuando a sabiendas se dicta resolución injusta Pueden ser sujetos activos el juez o magistrado La utilización del verbo dictar referido a la emisión de sentencias o resoluciones injustas. La pena mas grave es cuando existe prevaricación en causa criminal. Se regula tanto la comisión dolosa como culposa del prevaricato El bien jurídico protegido es la administración de justicia Se considera como titular del bien jurídico protegido al Estado.</p>

2.2.5 Derecho Internacional

Es el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional, representados por su servicio diplomático.

El derecho internacional está formado por las normas jurídicas internacionales que regulan las leyes de los Estados; los acuerdos, tratados, pactos, convenios, cartas internacionales, las notas diplomáticas, las enmiendas y los protocolos forman parte de esta disciplina del derecho.

Las normas pertenecientes al derecho internacional pueden ser bilaterales -entre dos partes- o multilaterales -más de dos partes-. Los Estados suelen comprometerse a aplicar dichas normas en sus propios territorios y con un status superior a las normas nacionales. Lo común suele ser que se realicen entre Estados, aunque pueden celebrarse entre Naciones y organizaciones internacionales, los cuales se regulan por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales, de 1986.

De acuerdo al Artículo 144 de la Constitución de la República, los tratados internacionales suscritos por El Salvador constituyen leyes de la República al entrar en vigencia. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado y en caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecerá el tratado.

En la indagación del delito Prevaricato se analizaran Convenios celebrados y ratificados entre El Salvador y los demás países del mundo, los cuales son:

Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica

Normativa internacional que trata acerca del correcto desempeño de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos y procura erradicar todo tipo de corrupción que atente contra la democracia en los países Centroamericanos,

reafirmando el compromiso de estas naciones con la democracia instituida en el Estado de Derecho y en la garantía de las libertades fundamentales.

Los artículos que se destacan en esta investigación relacionados con el delito de Prevaricato son:

Artículo 1. El modelo Centroamericano de Seguridad Democrática se basa en la democracia y el fortalecimiento de sus instituciones y el Estado de Derecho; en la existencia de gobiernos electos por sufragio universal, libre y secreto y en el irrestricto respecto de todos los derechos humanos en los Estados que conforman la región centroamericana.

El Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática tiene su razón de ser en el respeto, promoción y tutela de todos los derechos humanos, por lo que sus disposiciones garantizan la seguridad de los Estados centroamericanos y sus habitantes, mediante la creación de condiciones que les permita su desarrollo personal, familiar y social en paz, libertad y democracia. Se sustenta en el fortalecimiento del poder civil, el pluralismo político, la libertad económica, la superación de la pobreza y la pobreza extrema, la promoción del desarrollo Sostenible, la protección del consumidor, del medio ambiente y del patrimonio cultural; la erradicación de la violencia, la corrupción, la impunidad, el terrorismo, la narcoactividad y el tráfico de armas; el establecimiento de un balance razonable de fuerzas que tome en cuenta la situación interna de cada Estado y las necesidades de cooperación entre todos los países centroamericanos para garantizar su seguridad.

Artículo 3. Para garantizar la seguridad del individuo, las partes se comprometen a que toda acción realizada por las autoridades públicas, se enmarque en su respectivo ordenamiento jurídico y el pleno respeto a los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

Artículo 5. La corrupción, pública o privada, constituye una amenaza a la democracia y la seguridad de los habitantes y de los Estados de la región

centroamericana. Las Partes se comprometen a realizar todos los esfuerzos para su erradicación en todos los niveles y modalidades.

En este sentido, la reunión de los entes controladores del Estado de cada una de las Partes, asesorará a la Comisión de Seguridad en el diseño, establecimiento e instrumentación de programas y proyectos regionales de modernización y armonización legislativa, investigación, educación y prevención de la corrupción.

Artículo 6. Las Partes realizarán todos los esfuerzos para erradicar la impunidad. La Comisión de Seguridad establecerá contactos con las instituciones y autoridades relacionadas con la materia, a fin de contribuir a la elaboración de los programas conducentes a la armonización y modernización de los sistemas de justicia penal centroamericanos.

El marco de seguridad democrática en Centroamérica compromete a que los países integrantes reafirmen su compromiso con la democracia, garantizada en el Estado de Derecho, en las libertades fundamentales y la justicia social; cuando hace alusión al Estado de Derecho se representa en el estricto cumplimiento de la ley.

En el delito objeto de estudio es de vital importancia porque el Prevaricato atenta contra el buen funcionamiento de la administración de justicia, -correcto desempeño del órgano jurisdiccional- genera desconfianza en la sociedad y vulnera el Estado de Derecho porque con la sentencia que otorga el Juez no se enmarca en el respectivo ordenamiento jurídico.

Además norma acerca de la investigación y prevención de la corrupción, en la práctica pocos casos de prevaricato son investigados por la F.G.R. siendo irregular que se logre progresar en las etapas de un proceso judicial.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Tiene como finalidad promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir eficaz y eficientemente la corrupción; promover; facilitar y apoyar la cooperación internacional y a la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción; así como el promover la integridad; la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos porque la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, el funcionario público se encuentra en el deber de cumplir con sus funciones que le ha encomendado la ley.

Los artículos que conciernen al objeto de Prevaricato son los siguientes:

Artículo 15. Soborno de funcionarios públicos nacionales:

Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

Artículo 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas:

1. Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

2. Cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.

La convención hace mención de supuestos análogos del Delito de prevaricato en la modalidad de dictar una sentencia contraria a la ley o basada en hechos falsos, motivado el Juez por interés personal o soborno.

El fenómeno de la corrupción -ya sea en forma de obtención de favores ilícitos a cambio de dinero u otros favores- relacionado con el delito de Prevaricato constituye una vulneración de los derechos humanos por cuanto entraña una violación del derecho a la igualdad ante la ley y llega a suponer vulneración de los principios democráticos, conduciendo a la

sustitución del interés público por el interés privado de quienes se pervierten en el poder vulnerando el Estado de Derecho.

La asistencia técnica en la prevención de la corrupción es una de las finalidades de la convención, supone una herramienta eficaz para que los juzgadores se abstengan de cometer el ilícito.

Convención Interamericana contra la Corrupción

Ratificada por El Salvador en 1998, los objetivos son: promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados partes, los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Se vincula la convención al ilícito de prevaricato por los artículos siguientes:

Artículo 1. La presente convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

- c) *El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dadas, favores, promesas o ventajas para si mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de las funciones públicas.*
- d) *El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dadas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.*
- e) *La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de*

sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para si mismo o para un tercero.

- f) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo, y*
- g) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.*

La anterior convención hace referencia a los actos de corrupción relacionados con los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, se relaciona a los encargados de administrar justicia que deben garantizar un buen funcionamiento del órgano jurisdiccional, en la prevención y erradicación de la corrupción.

El delito de Prevaricato tiene como supuestos que los administradores de justicia obtengan un beneficio para sí o para otra persona, ya sea por dadas o soborno por una de las partes en el proceso, trasgrediendo el mandato al cual han sido designados para administrar justicia conforme a la ley.

Convención americana sobre derechos humanos

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En la convención se instituye un elemento fundamental para la función jurisdiccional: la imparcialidad, con la que deben actuar los juzgadores, siendo irrespetada en la Prevaricación porque el Juez otorga resolución con inclinación en favor o en contra de una de las partes en el proceso, con la que ha identificado a cambio de un beneficio personal o económico.

2.2.6 Caso Práctico

Sentencia del Tribunal Supremo Español

Contra Baltasar Garzón Real

Magistrado- juez del juzgado Central de Instrucción numero 5 de España.

Causa Especial numero: 20716/2009

Delito de Prevaricato art. 446.3 Código Penal Español

Normas aplicables

Artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria –LOGP-: *Las comunicaciones de los internos con sus abogados....no podrán ser intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.*

Artículo 446. 3º del Código Penal: *El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.*

Cuadro fáctico

En el mes de febrero de 2009, el acusado BALTASAR GARZON REAL, Juez con categoría profesional de Magistrado, desempeñaba el cargo de Magistrado juez del juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional. En ese juzgado se tramitaban las diligencias previas 275/2008 contra la llamada “*trama Gürtel*”, en las que se investigaban hechos que podían ser constitutivos de delitos de blanqueo de capitales, defraudación fiscal, falsedad, cohecho, asociación ilícita y tráfico de influencias que se atribuían a varias personas ya imputadas en la causa.

El 12 de febrero de 2009, Garzón, como instructor de las diligencias previas, envió a prisión provisional a los tres cabecillas de la organización, Don Francisco Correa Sánchez, Don Pablo Crespo Sabaris y Don Antoine Sánchez.

El 19 de febrero dictó un primero auto -prorrogado el 20 de marzo por otro idéntico- que es el que motiva su condena por prevaricación. Su contenido fue:

A la vista de la complejidad de la investigación que debe seguir desarrollándose en torno a los tres mencionados en el hecho de esta resolución que se encuentran en situación de prisión provisional a disposición de este Juzgado y con el objeto de poder determinar con exactitud todos los extremos de sus ilícitas actividades, y especialmente determinar el grado de imputación que pudieran tener otras personas dentro del grupo organizado investigado, deviene necesario ordenar la intervención de las comunicaciones orales y escritas de los tres internos antedichos.

Igualmente y dado que en el procedimiento empleado para la práctica de sus actividades pueden haber intervenido letrados y que los mismos aprovechando su condición pudiesen actuar como "enlace" de los tres mencionados con personas del exterior, deviene necesaria también la intervención que aquellos puedan mantener con los mismos, dado que el canal entre otros miembros de la organización y los tres miembros ahora en

prisión podrían ser los letrados que estarían aprovechando su condición en claro interés de la propia organización y con subordinación a ella.

El artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria distingue entre las comunicaciones "generales" de los internos con terceras personas, y las comunicaciones más "particulares" de aquellos con sus letrados. Esas comunicaciones "generales" pueden ser intervenidas con la autorización del Director del Centro Penitenciario en virtud de razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento penitenciario, sin embargo, las aquí denominadas "particulares" son sometidas a un régimen especial y la autorización de su intervención debe ser solo dispuesta por la Autoridad Judicial, sin posibilidad de que la misma pueda ser acordada por la Autoridad Penitenciaria.

Dicho artículo 51 en su segundo párrafo recoge claramente el supuesto fáctico que aquí se denuncia, estableciendo que las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

Por lo expuesto, visto los artículos citados, dispongo:

3.- Autorizar a los funcionarios dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a la grabación de las comunicaciones personales que mantengan los internos mencionados, en cualesquiera Centros Penitenciarios que aquellos se hallen internos, debiendo abstenerse de escuchar dichas conversaciones, siendo los funcionarios de la Policía Judicial los únicos competentes para proceder a la escucha y transcripción de las conversaciones, así como a la conversión de los soportes, cuyo procedimiento se mantiene en los términos que se expresarán en los párrafos siguientes.

4.- Requerir a la Unidad encargada de la investigación a remitir a este Juzgado las transcripciones más significativas de las conversaciones – literales-, quedando las cintas grabadas o cualquier otro soporte en que las

grabaciones se materialicen, en depósito en la dependencia policial y a disposición de este Juzgado. Así como dar cuenta en todo caso de la identidad de los funcionarios que lleven a cabo las operaciones relativas a la observación, regrabación y transcripción, a cuyo fin se extenderán las oportunas actas quincenalmente, debiendo a su vez en dicho plazo informar sobre el resultado de las pesquisas concluidas desde su inicio y si las imputaciones se han ido corroborando en qué sentido y respecto a que personas, y en lo referente a las razones que le aconsejen sobre su mantenimiento.

En relación al apartado 3 de la parte dispositiva, no añadió precisión alguna orientada a asegurar la custodia de las grabaciones, hasta ser entregadas a la policía, ni a identificar a los funcionarios responsables de la misma.

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias solicitó aclaración respecto a si las comunicaciones con los letrados debían ser grabadas, lo que fue contestado afirmativamente.

Los funcionarios policiales solicitaron de Garzón una aclaración respecto del significado de la expresión "previniendo el derecho de defensa", precisando el Juez que deberían proceder a recoger las cintas, escuchar lo grabado, transcribir todo su contenido excluyendo las conversaciones privadas sin interés para la investigación y proceder a su entrega en el juzgado, ocupándose él de lo que procediera en orden al cumplimiento de dicha cláusula.

Antes de que Garzón prorrogara el 20 de marzo la intervención de las comunicaciones de los detenidos con sus abogados, el Fiscal emitió ese mismo día una opinión por escrito en la que literalmente señala:

El Fiscal no se opone a la prórroga de las Intervenciones...si bien con expresa exclusión de las comunicaciones mantenidas con los letrados que representan a cada uno de los imputados y en todo caso con rigurosa salvaguarda del derecho de defensa.

Una vez recibido el Auto de prórroga de intervención de las comunicaciones, el Fiscal dirigió otro nuevo escrito a Garzón en el que afirmaba:

El Fiscal reitera lo solicitado e interesa con la misma finalidad que en lo sucesivo, se excluyan de la causa todas aquellas comunicaciones que se refieran exclusivamente al ejercicio del derecho de defensa de aquellos.

El derecho de defensa y en particular la posibilidad de que un acusado pueda hablar con sus abogados *sin ser oído por terceras personas* en la más estricta confidencialidad, es un derecho fundamental protegido no sólo por la Constitución Española, sino por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por las normas internas de todos los regímenes no totalitarios.

La interpretación del artículo 51.2 LOGP no fue siempre pacífica. Un obiter -dicta opinión accidental, no relacionada con el fallo- de la Sentencia 73/83 del Tribunal Constitucional admitió que los jueces podían siempre intervenir las comunicaciones de los presos con sus abogados, incluso aunque no se tratara de casos de terrorismo.

Pero esa interpretación cambió a partir de 1994 con la Sentencia del Constitucional 183/1994, que entendió que las dos condiciones -autorización judicial y delito de terrorismo- eran acumulativas, no alternativas, de forma que no eran posibles escuchas a abogados de detenidos en casos que no fueran de terrorismo. Esa interpretación fue reiterada por el Tribunal Constitucional en la posterior sentencia 200/1997, y el Tribunal Supremo la aplicó igualmente en sus sentencias 183/1994, 245/1995 y 338/1997.

Algunos autores han señalado que también podrían intervenir las comunicaciones con un abogado concreto en casos distintos del terrorismo, *siempre que existiera algún indicio racional de que el abogado pudiera estar colaborando con el acusado en sus actividades delictivas.*

Pero la Sala reitera su doctrina de que la intervención de las comunicaciones entre los internos y sus letrados defensores o los expresamente llamados en relación con asuntos penales sólo pueden acordarse en casos de terrorismo y previa orden de la autoridad judicial competente.

Por lo tanto, para resolver otros casos en los que se entendiera que la intervención pudiera ser imprescindible, sería para intervenir las comunicaciones entre internos y letrados defensores o expresamente llamados en relación con asuntos penales, estableciendo los casos y las circunstancias, precisa una reforma legal que contuviera una habilitación de calidad suficiente en que tal intervención sería posible y las consecuencias de la misma.

Fallo

Debemos condenar y condenamos al acusado Baltasar Garzón Real como autor responsable de un delito de Prevaricación del artículo 446.3º, en concurso aparente de normas -artículo 8.3- con un delito del artículo 536, párrafo primero, todos del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de catorce meses con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria conforme al artículo 53 del Código Penal, y once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares. Sin condena en cuanto a responsabilidad civil.

Análisis

En el caso de Garzón no se perseguían delitos de terrorismo. Además, las escuchas de los abogados no se limitaron a aquellos sobre los que podía haber indicios concretos de que estuvieran colaborando con los detenidos, sino que se extendieron a todos, incluso a los todavía desconocidos que los acusados pudieran contratar en el futuro.

El acusado no acordó, ni por escrito ni verbalmente, ninguna medida para evitar que se grabaran las comunicaciones mantenidas por los referidos letrados con sus defendidos.

El Fiscal no se opuso a que Garzón prorrogara las escuchas de las conversaciones de los acusados con sus abogados, sin embargo insistió en el resguardo de las conversaciones referidas al derecho de defensa.

En las transcripciones de los párrafos relativos a conversaciones de los acusados con sus abogados en las que abordan cuestiones relacionadas con el derecho de defensa, no basta para evitar la infracción por Garzón de la norma: el artículo 51.2 se infringió por el mero hecho de que se intervinieran las comunicaciones de los acusados con sus abogados, con independencia del contenido concreto de sus conversaciones.

Una vez que la policía, el juez instructor y el fiscal del caso oyen las conversaciones entre el imputado y su letrado defensor, la exclusión de las mismas de la causa sólo evita su utilización como prueba, pero no su empleo, expreso o tácito, durante la investigación desarrollada en la fase de instrucción.

En síntesis, la Sentencia aunque sostiene la doctrina teórica de que un Juez puede intervenir las conversaciones con los abogados sólo en caso de terrorismo, reconoce en la práctica que también podría hacerlo en otros supuestos, siempre que los letrados objeto de escucha fueran sospechosos.

Por tanto Garzón actuó injustamente "*a sabiendas*", *porque carecía de razones aceptables para creer que sin indicio alguno de actuación delictiva de los letrados defensores, podía restringir el derecho de defensa grabando y escuchando las conversaciones mantenidas por aquellos con sus defendidos*

en las dependencias del centro penitenciario, el Tribunal Constitucional a partir de 1994 expuso que las condiciones de permisión de comunicaciones de detenidos con sus letrados requiere de la autorización por un juez en casos de *terrorismo*, considerándolas *acumulativas* -esto es que fueran precisas las dos-.

Con respecto al Derecho Penal Salvadoreño, el delito de Prevaricato en España solo exige la contradicción de la motivación de la sentencia con el ordenamiento jurídico, sin que el soborno o el interés personal sean supuestos para cometer el ilícito.

En el caso del Juez Garzón, la sentencia por la que fue condenado por prevaricato, fundamentaba hechos verdaderos pero que no se obtuvieron por medio de procedimientos lícitos, y que a su vez son interpretados fuera de los parámetros doctrinales que la sala había dado con anterioridad, amparándose el Juez en una interpretación que quedo derogada en 1983.

2.2.7 Jurisprudencia

Debido a la carencia de jurisprudencia que existe en el país, se tomaran como referentes las disposiciones jurisprudenciales que han dictado Tribunales Españoles.

El artículo 446 del Código Penal Español dispone: "El juez o magistrado que a sabiendas dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas".

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha determinado:

En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el

Estado de Derecho se vulnera cuando el juez con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo. La superación del simple positivismo que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución y especialmente de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituyen al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable.

La previsión legal del delito de prevaricación judicial, no puede ser entendida en ningún caso como un ataque a la independencia del Juez, sino como una exigencia democrática impuesta por la necesidad de reprobado penalmente una conducta ejecutada en ejercicio del poder judicial que bajo el pretexto de la aplicación de la ley resulta frontalmente vulneradora del Estado de Derecho.

La jurisprudencia ha señalado que la prevaricación supone un grave apartamiento del derecho de manera que “...no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho en la forma prevista en el art. 117.1 CE”, -STS nº 2/1999-.

De esta forma el elemento del tipo objetivo consistente en la injusticia de la resolución no se aprecia cuando se produce una mera contradicción con el derecho. Pues efectivamente, la ley admite en numerosas ocasiones interpretaciones divergentes, y es lícito que el juez pueda optar, en atención a las particularidades del caso, por una u otra interpretación sin incurrir en delito, aunque su decisión pudiera ser revocada en vía de recurso.

Por el contrario, la jurisprudencia que ha asumido la teoría objetiva con elementos de la teoría de los deberes, ha venido insistiendo en que la injusticia requerida por el artículo 446 del Código vigente exige una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho. Así, se ha dicho que debe apreciarse la injusticia que requiere la prevaricación cuando *“...la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, incluso en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de las pruebas concurrentes, no se compadece con lo ordenado por la Ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así calificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba”*. -STS nº 4 de julio de 1996-.

Y la STS nº 2/1999, señaló que el apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estado de Derecho según los arts. 117.1 y 103.1 CE, en ocasiones aludida mediante el uso de adjetivos, *“...será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho”*.

De la misma forma, se refería la STS nº 877/1998 a la cuestión señalando que *“La injusticia de la resolución o sentencia, ha de determinarse en base a criterios objetivos, habiendo la antigua jurisprudencia declarado que ha de tenerse por tal cuando no puede explicarse mediante una interpretación razonable -Sentencia del Tribunal Supremo de 21 enero 1911-.”*

Igualmente, en la STS 2338/2001 se decía que *“En relación al elemento objetivo de la resolución injusta, una vez más, debemos afirmar con la constante jurisprudencia de esta Sala, por otra parte no muy*

numerosa, de la que son exponente las SSTS de 14 de febrero de 1891, 21 de enero de 1901, 1/1996, de 4 de julio, en Causa Especial 2830/1994, 155/1997 y la última, más completa y reciente la 2/1999, de 15 de octubre en Causa Especial 2940/1997, que la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles”.

En la STS nº 102/2009, FJ 5º, la teoría objetiva “...es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento”.

En definitiva, se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que pueda reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho.

Esta configuración del elemento del tipo objetivo viene a rechazar al mismo tiempo la teoría subjetiva de la prevaricación, según la cual se apreciaría el delito poniendo el acento en la actitud o la convicción del juez al resolver, y prescindiendo que la resolución sea objetivamente conforme a la ley. Desde este punto de vista es evidente que “...la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor,

dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia”, (STS 2/1999). Por lo tanto, no puede admitirse que una resolución sea justa solo porque el juez que la dicta, sin referencia alguna a criterios objetivos, que así la considere.

En cuanto al elemento subjetivo, plasmado en la expresión “a sabiendas”, no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no puede estar amparado en una interpretación razonable de la ley.

En este sentido, el elemento subjetivo se integra por “...*la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica –«iuranovit curia»–.*”, -STS nº 2338/2001-.

2.3 Enfoque

El delito de Prevaricato se ha disciplinado en todos los Códigos Penales de El Salvador a partir de la independencia. Actualmente se encuentra tipificado en el Artículo 310 y consta de tres modalidades comisivas: Dictar sentencia contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno; dirigir por si o por interpósita persona al interesado o a las partes en el juicio o diligencia que se sigue en el mismo tribunal o en algún otro y dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia e ignorancia inexcusable.

La primera y segunda modalidad se efectúa con dolo directo porque el sujeto activo sabe lo que realiza, conoce que su actuar es contrario a la ley, fundado en hechos falsos o que dirige el proceso y aun así lo hace.

La tercera variante es cometida por negligencia o ignorancia inexcusable; los cual constituyen conductas imprudentes, porque existe inobservancia del deber objetivo de cuidado por parte del sujeto activo –Juez o magistrado-.

Esta forma de prevaricación disciplinada en el inciso tercer del referido artículo es muy discutida por considerar que no corresponde con el sistema de *numerus clausus* al no contener un epígrafe o estar regulada en un artículo aparte.

El sistema de *numerus clausus* lo que impone es que en ciertos casos la imprudencia es punible; pero si no está regulada expresamente en un tipo penal no se puede sancionar como delito imprudente, en virtud de lo cual la regulación expresa de los delitos culposos no debe entenderse únicamente de la necesidad que contengan un acápite, si no que la conducta imprudente se configure completamente en el tipo penal –supuesto de hecho y consecuencia jurídica- como el caso del artículo 310.

En el Prevaricato, el sujeto pasivo es el Estado, al verse en peligro el ejercicio de una buena y correcta Administración de Justicia. No obstante en este ilícito además del Estado, existe un sujeto injustamente dañando; que doctrinariamente se conoce como: “*ofendido*”, aclarando que esta solo es un reflejo del delito, no es titular del interés específico directamente protegido por la norma penal, porque de esta no se infiere ninguna relación del Administrador de Justicia que cometió el abuso y el perjudicado por el mismo; siendo requerido por tanto el perjuicio a favor del Estado aun cuando este no ha sufrido ningún daño como consecuencia del Prevaricato.

El Bien jurídico que tutela el ilícito de Prevaricato es: el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, ocasionando con su comisión inseguridad e incertidumbre jurídica tanto de los usuarios del Órgano Judicial como de la sociedad; desconfianza en la persona física delegada del Estado para administrar justicia, violación al principio de imparcialidad –Art. 4 Pr. Pn.-en el proceso y perturbación de la función jurisdiccional que debe realizar el juez.

El Prevaricato es un delito especial propio debido a que solo puede ser realizado por sujetos que ostentan la cualidad de Administrador de Justicia -Juez o Magistrado-; Árbitros y Secretarios Judiciales, su configuración como delito especial propio alude a la relación que une a la situación jurídica específica, exigida al sujeto activo y la conducta prevista en el tipo, esto implica que si la ley dispone que cierta acción culmine el ilícito solo si la perpetra un determinado sujeto especial, es porque considera que ésta es merecedora de penas por razón de su autor.

2.4 Base Conceptual

Prevaricato

Etimológicamente, prevaricación procede del latín “praevaricatio”, que deriva a su vez de las palabras “prae” y “varus” -piernas torcidas o huesos de las piernas torcidos-.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la prevaricación como: “el delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta por una autoridad, un Juez o un funcionario”.

Es un delito que consiste en que una autoridad, juez u otro funcionario público dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo o judicial, a sabiendas de que dicha resolución es injusta. Es comparable al incumplimiento de los deberes de funcionario público. Dicha actuación es una manifestación de un abuso de autoridad

Delito Oficial

Son delitos oficiales aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público. –Art. 22 C. Pn.-

Funcionarios Públicos

Son las personas que prestan servicios retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos. . –Art. 39 C. Pn.-

Autoridad Pública

Los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función, cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. Agente de autoridad y los Agentes de la Policía Nacional Civil.

Juez

El que posee autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un pleito o causa. También se caracteriza como la persona que resuelve una controversia o que decide el destino de un imputado, tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas en un juicio, administrando justicia

Magistrado

Autoridad investida de mando y jurisdicción. Miembros de tribunales colegiados que han de concurrir al menos en el número de tres en las audiencias, y de cinco en el tribunal supremo.

También llamado Juez “*ad quem*”. Juez o Tribunal ante el cual se acude recurriendo el fallo de un juez jerárquicamente inferior -generalmente de primera instancia-¹⁶⁵

Secretario Judicial

Es un empleado público integrante de ciertos sistemas judiciales que, entre otras funciones, actúan como ministros de fe pública en los tribunales.

Arbitro

Es un juez que falla obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dicten, y no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que le dicte su prudencia y sentido de la equidad.

El árbitro no es necesariamente un abogado, sino que puede ser cualquiera persona con los conocimientos necesarios para que las partes convengan en confiarle la resolución de su caso. Pero el hecho de no ser abogado y de estar facultado a obrar como se ha dicho, no le permite ser arbitrario o injusto, sino que debe siempre buscar aquello que las partes tuvieron en vista al momento de nombrarlo, esto es que haga justicia.

Seguridad Jurídica

La Seguridad Jurídica determina las facultades y deberes de los que ostentan la potestad de Juzgar y hacer ejecutar lo Juzgado, quienes en todas las resoluciones que dicten deberán de respetar la norma legal y la veracidad de los hechos que ante su autoridad se presenten; dicho en otras palabras, representa el Imperio de la Ley, que no es otra cosa que el régimen jurídico

¹⁶⁵ Víctor de Santo. (1995) **Diccionario de Derecho Procesal**. Editorial Universitaria, Segunda edición, Buenos Aires Argentina. Pág. 203.

dentro del cual los gobernantes se encuentran sometidos a las normas legales preestablecidas para el ejercicio de sus actividades y para la adopción de sus decisiones.

Administración de Justicia

Es el servicio público prestado por el Estado a través de entes especialistas en el tema, esto con el objeto de dar cumplimiento al sentido estricto de la Ley; tratándose de un servicio público debe prestarse en forma equitativa, no importa la condición económica, ni estatus social o religioso, igual debe de prestarse, garantizando que el ordenamiento Jurídico de cada país sea cumplido¹⁶⁶.

Resoluciones Judiciales

Es el acto procesal proveniente de un tribunal, mediante el cual resuelve las peticiones de las partes o autoriza u ordena el cumplimiento de determinadas medidas.

Dentro del proceso, doctrinariamente se le considera un acto de desarrollo, de ordenación e impulso o de conclusión o decisión.

Las resoluciones judiciales requieren cumplir determinadas formalidades para validez y eficacia, siendo la más común la escrituración o registro -por ejemplo, en audio-, según sea el tipo de procedimiento en que se dictan.

En la mayoría de las legislaciones, existen algunos requisitos que son generales, aplicables a todo tipo de resoluciones, tales como fecha y lugar de expedición, nombre y firma del o los jueces que las pronuncian; y otros específicos para cada resolución, considerando la naturaleza de ellas, como la exposición del asunto -individualización de las partes, objeto, peticiones, alegaciones y defensas-, consideraciones y fundamentos de la decisión-razonamiento jurídico-.

¹⁶⁶Manuel Ossorio, Op. Cit. Pág. 411

Sentencia

Es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio y la resolución que ponga fin a un procedimiento abreviado.

Es decir es aquella que pone punto final a todo proceso, así como por ejemplo: “aquella que declara culpable de un delito a una persona a la cual se le condena a tres años de prisión”

Auto

El que resuelve un incidente o una cuestión interlocutoria o en su caso, para dar término al procedimiento.

Decreto

Son aquellas decisiones de mero trámite. En este sentido estas carecen de mayor trascendencia en todo proceso.

Negligencia

Esta significa La omisión, más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia que corresponde en los actos jurídicos, en los nexos personales y en la guarda o gestión de los bienes, de esto se debe decir que el Juez descuidó la causa, como por ejemplo “cuando el Juez resta importancia al proceso y no estudia la causa” es evidente que dentro del ejemplo antes citado el Juez no sabía, ni tenía conciencia de que estaba emitiendo una sentencia injusta, si no simplemente fue negligente y descuido el proceso, el juez hubiese tomado las medidas necesarias, en este caso si hubiese estudiado la causa o el proceso, hubiese podido evitar el resultado de emitir una sentencia injusta.¹⁶⁷

Ignorancia inexcusable

¹⁶⁷ Manuel Ossorio, Pág. 642.

Esta se entiende como “el desconocimiento de aquello que ha de saberse por elemental o esencial en el cargo o función que se desempeña-, de ahí se deriva la emisión de la sentencia injusta del desconocimiento que el juez posee; en este caso el Juez no sabe que lo que emite es injusto, pues no conoce la ley y si no conoce la ley significa que no tiene conciencia de que lo que está emitiendo es algo injusto.”¹⁶⁸

¹⁶⁸ Manuel Ossorio, Pág. 490.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

CAPÍTULO III
METODOLOGÍA

3.3 Hipótesis de Investigación

3.3.1 Hipótesis Generales

Objetivo General 1: Analizar las modalidades comisivas del delito de Prevaricato en la Legislación Penal Salvadoreña.			
Hipótesis General 1: El Prevaricato es un delito especial propio porque solo puede ser realizado por personas que ostentan la cualidad especial descrita en el tipo; y es cometido dolosa e imprudentemente.			
Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
El Prevaricato es un delito especial propio porque solo puede ser realizado por personas que ostentan la cualidad especial descrita en el tipo.	<ul style="list-style-type: none"> - Juez - Magistrado - Secretario - Arbitro - Delito - Prevaricato - Código Penal - Tipo penal - Resoluciones - Sentencia 	Es cometido dolosa e imprudentemente	<ul style="list-style-type: none"> - Dolo - Interés personal - Soborno - Imprudencia - Negligencia - Ignorancia inexcusable

Objetivo General 2: Indagar cuáles son los efectos que produce el Prevaricato en el buen funcionamiento de Administración de Justicia.			
Hipótesis General 2: La comisión del delito de Prevaricato pone en peligro el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, lo cual produce incertidumbre y desconfianza en la Administración de Justicia.			
Variable independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
La comisión del delito de Prevaricato pone en peligro el correcto	<ul style="list-style-type: none"> - Función Jurisdiccional - Juez - Magistrado - Secretario 	Produce incertidumbre y desconfianza en la Administración	<ul style="list-style-type: none"> - Injusticia - Desconfianza - Administración de Justicia - Incertidumbre

ejercicio de la Función jurisdiccional.	- Arbitro -	de Justicia.	- Imparcialidad - Tribunales - Jueces
---	----------------	--------------	---

3.3.2 Hipótesis Especificas

❖ Objetivo Específico 1: Estudiar instrumentos Internacionales, leyes y reglamentos que norman el delito de Prevaricato.			
Hipótesis Específica 1: la Constitución de la República y Convenios internacionales contra la Corrupción, obligan regular en el Código Penal conductas contrarias al buen funcionamiento de la Administración de justicia.			
Variable independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
La Constitución de la República, y Convenios internacionales contra la corrupción.	- Constitución de la República - Ley de Conciliación y Arbitraje - Ley orgánica Judicial - Ley de la carrera Judicial - RIAL - Convenios y pactos Internacionales sobre la corrupción	Obligan regular en el Código Penal conductas contrarias al buen funcionamiento de la Administración de justicia.	- Juez - Magistrado - Secretario - Arbitro - Corrupción - Código penal - Administración de Justicia - Comisión dolosa - Comisión imprudente

Objetivo Específico 2: Desarrollar la estructura del delito de Prevaricato con fundamento en la Teoría Jurídica del Delito.			
Hipótesis Específica 2: El conocimiento de la estructura del delito de prevaricato, es elemental para que los jueces, Magistrados, Auxiliares del Fiscal General, Defensores Públicos y particulares lo interpreten, analicen y apliquen conforme a la Constitución.			
Variable independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores

El conocimiento de la estructura del delito de prevaricato.	<ul style="list-style-type: none"> - Acción - Tipicidad - Antijuricidad - Culpabilidad - Punibilidad - Clasificación del tipo penal 	Es elemental para que los jueces, Magistrados, Auxiliares del Fiscal General, Defensores Públicos y particulares lo interpreten, analicen y apliquen conforme la Constitución.	<ul style="list-style-type: none"> - Jueces - Magistrado - Secretario - Arbitro - Auxiliares del fiscal General - Defensores públicos y particulares - Interpretación - Análisis - Justicia - Constitución
---	---	--	--

Objetivo Específico 3: Investigar si existe jurisprudencia referente al Prevaricato a nivel nacional.			
Hipótesis Específica: Debido a la ausencia de jurisprudencia referente al delito de Prevaricato no existe uniformidad de criterios en la resolución o sentencia por parte de los Tribunales de Justicia Penal.			
Variable independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Debido a la ausencia de jurisprudencia referente al delito de Prevaricato	<ul style="list-style-type: none"> - Jurisprudencia - Jueces - Magistrados - CSJ - Sentencia - Resoluciones 	No existe uniformidad de criterios en la resolución o sentencia por parte de los Tribunales de Justicia Penal.	<ul style="list-style-type: none"> - Tribunales de Justicia - Criterios jurisprudenciales - Prevaricato imprudente - Resolución manifiestamente injusta - Dictar - Negligencia - Ignorancia inexcusable

Objetivo Específico 4: Investigar el procedimiento aplicable a los Magistrados y Jueces sujetos de investigación por el delito de Prevaricato.			
Hipótesis Específica 4: El proceso de antejuicio se aplica a Jueces y Magistrados sujetos a investigación por el delito de Prevaricato antes de ser sometidos a los tribunales correspondientes.			
Variable independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
El proceso de Antejuicio.	<ul style="list-style-type: none"> - Proceso - antejuicio - Delito - Juez - Magistrado - Secretario - Arbitro - Prevaricato 	Se aplica a Jueces y Magistrados sujetos a investigación por el delito de Prevaricato antes de ser sometidos a los tribunales correspondientes.	<ul style="list-style-type: none"> - Juez - Magistrado - Secretario - Arbitro - Colaboradores judiciales - Principio de legalidad - Principio de autonomía e independencia e Imparcialidad

3.4 Técnicas de Investigación

3.4.1 Categorías Metodológicas a utilizar

Universo

Totalidad de elementos o fenómenos que conforman el ámbito de un estudio o investigación. Población total de la cual se toma una muestra para realizar una investigación.

Población

Es la totalidad del fenómeno a estudiar en donde las unidades de población poseen una característica común, lo cual se estudia y da origen a los datos de la investigación. Para Shelltitz “*Una población es el conjunto de todas las cosas que concuerdan con una serie determinada de especificaciones*”.

Muestra

Grupo de individuos que se toma de una población, para estudiar un fenómeno estadístico. Parte representativa de la población.

Cuadro Estadístico -Tabla-

Serie de conjunto numéricos, valores, unidades relacionadas entre sí, los cuales se presentan en columnas para facilitar sus relaciones, comparaciones o referencias.

Dato

Producto del registro de una respuesta. Enunciados confirmados por las hipótesis.

Variable

Aspecto o dimensión de un fenómeno que tiene como característica la capacidad de asumir distintos valores.

Interpretación de Resultados

La estadística recolecta, ordena e interpreta los datos, es decir, explica su significado, reflexiona sobre ellos a fin de establecer conclusiones de los hechos estudiados, implicando la explicación de si la hipótesis de que se partió, que dio lugar a la estadística se cumplió o no y en qué medida.

Indicador

Se denomina indicador a la diferencia que se hace en término de variables empíricas de las variables teóricas contenidas en una hipótesis. Constituyen las subdimensiones de las variables y se componen de Ítems - medida del índice o indicador de la realidad que se quiere conocer-

Análisis de Datos

Es el procedimiento práctico que permite confirmar las relaciones establecidas en las hipótesis, así como sus propias características.

Fórmula

Enunciado claro y preciso de un hecho, estructura, principio, relación o método aceptado convencionalmente o que pretende hacerse aceptar como establecido.

Tendencia

Característica de ciertos acontecimientos, hechos o datos de cualquier índole, por lo cual muestran una línea definida o dirección de progresión, o un acercamiento a algún punto que los fenómenos o datos observados no puedan lograr.

3.4.2 Método

a) Científico

Para obtener una investigación objetiva se utilizó el método científico, que permite alcanzar los propósitos planteados en la indagación y correcto desarrollo de la misma.

A través del método científico se logra comprobar la información documental mediante la investigación de campo, obteniendo resultados en coherencia con la realidad.

Por tanto el método a aplicar en la investigación es el analítico sintético, que permitirá observar las causas, los efectos y la regulación sobre el delito de Prevaricato tipificado en el artículo 310 C. Pn., y poder llegar al conocimiento que permita la comprensión del tema objeto de estudio.

b) Analítico

Consiste en el método de investigación donde se hace una división del todo, descomponiéndolo en sus elementos para observar la naturaleza, causas y efectos.

Es la valoración de un hecho en particular. Este método se utiliza en las categorías del delito, en la cual mediante los aportes doctrinarios desarrollados en la dogmática jurídica penal se hace una descomposición del delito en estudio, que permiten afirmar que el hecho realizado por un autor es el mismo que el legislador ha previsto como delito y merecedor de una sanción jurídico penal.

c) Método interpretativo

Es el proceso discursivo, mediante el cual se aprende el sentido y alcance de las normas jurídicas o de los actos humanos regulados por estas. Interpretar es desentrañar la significación lógica de una expresión de pensamiento.

En el desarrollo del tema objeto de estudio necesariamente se hace una interpretación de normas tanto del Derecho Interno, Comparado e Internacional.

3.4.3 Elaboración de Instrumentos de la Investigación de Campo

Entrevista no Estructurada

Es un instrumento para la obtención directa de respuestas a partir de los planteamientos hechos por el encuestador, para ser registrados y seguidamente analizados, en la que la pregunta puede ser modificada y adaptarse a las situaciones y características particulares del sujeto. El investigador puede seguir otras pautas y preguntar. En la investigación se dirige esta entrevista a Magistrados de Cámara, Jueces de Sentencia, Secretarios, Colaboradores, Fiscales y Procuradores por ser conocedores de la temática en estudio.

PARTE II
INVESTIGACIÓN DE CAMPO

CAPITULO IV
PRESENTACION Y
ANALISIS DE RESULTADOS

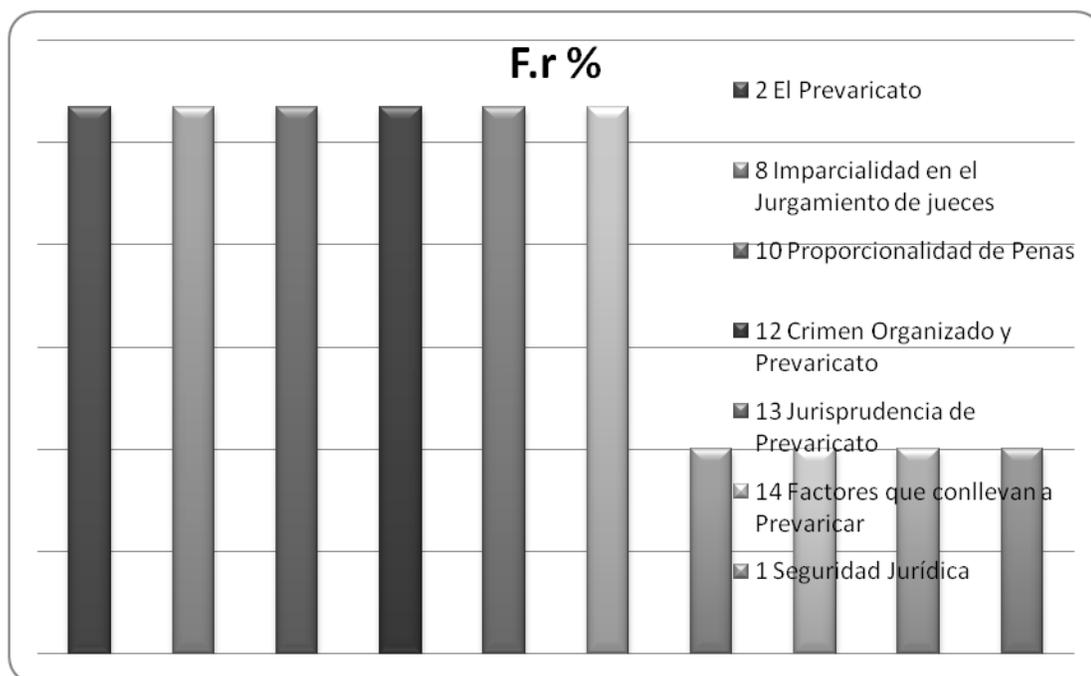
CAPITULO IV
PRESENTACION Y ANALISIS DE RESULTADOS

4.1 Presentación de Resultados

4.1. a. Cierre de Entrevista No Estructurada

CÓDIGO	TEMA FUNDAMENTAL	F.a	F.r %
01	Seguridad Jurídica en el país	9	6.00
02	El delito de Prevaricato	10	6.67
03	Dictar	8	5.33
04	Dirigir	8	5.33
05	Participe	8	5.33
06	Prevaricato Culposo	9	6.00
07	El Sistema de Numerus Clausus	8	5.33
08	Imparcialidad en el juzgamiento de jueces	10	6.67
09	Investigaciones realizados por la FGR	9	6.00
10	Proporcionalidad de las Penas de las diferentes modalidades del Prevaricato.	10	6.67
11	Reingreso a la Carrera Judicial de un juez condenado por Prevaricato	8	5.33
12	El Crimen Organizado y el delito de Prevaricato	10	6.67
13	Jurisprudencia sobre el Prevaricato	10	6.67
14	Factores que determinan a cometer el delito de Prevaricato	10	6.67
15	El Procedimiento de Antejudio	9	6.00
16	Otros	14	9.33
TOTAL		150	100.00

CÓDIGO	TEMA FUNDAMENTAL	F.r %
02	El delito de Prevaricato	6.67
08	Imparcialidad en el juzgamiento de jueces	6.67
10	Proporcionalidad de las Penas de las diferentes modalidades del Prevaricato.	6.67
12	El Crimen Organizado y el delito de Prevaricato	6.67
13	Jurisprudencia acerca del Prevaricato	6.67
14	Factores que determinan a cometer el delito de Prevaricato	6.67
01	Seguridad Jurídica en los procesos Judiciales	6.00
06	Prevaricato Culposo	6.00
09	Investigaciones realizados por la FGR	6.00
15	El Procedimiento de Antejudio	6.00
TOTAL		64.02



Interpretación de Resultados

4.1. b Resultados de entrevista No Estructurada

En la investigación de campo acerca del delito de Prevaricato se realizó la entrevista no estructurada dirigida a Magistrados de Cámara, Jueces de Sentencia, Secretarios Judiciales, Colaborador Jurídico y Auxiliares de la Fiscalía General de La República.

Existencia de la Seguridad Jurídica en El Salvador y su importancia en los procesos Judiciales

En El Salvador no existe una seguridad jurídica íntegra por concurrir desacierto en las resoluciones judiciales.

La importancia en los procesos judiciales es que constituye la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos sometidos a un proceso judicial, saben en cada momento, cuáles son sus derechos u obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los que juzgan y ejecutan lo Juzgado -llámese Jueces o magistrados-, puedan causarles perjuicio.

Esta no solo depende del Juez, sino de todas las partes involucradas en el proceso cualquiera que sea éste, sin embargo, el Juzgador debe garantizar su efectivo cumplimiento, velando por la justa y cumplida justicia, conforme a los Principios y Garantías Constitucionales y legales.

El Prevaricato y sus modalidades Comisivas

Prevaricato es torcer el derecho. Es la aplicación desviada del derecho. Según el artículo 310 del Código Penal se estipulan dos modalidades de comisión dolosa, que se ejecutan cuando el Juez a sabiendas dicta una resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno y cuando un Magistrado, Juez o Secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes

en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.

Existe una tercer modalidad de comisión culposa, es decir cuando el delito se lleva a cabo por negligencia o ignorancia inexcusable.

El concepto de “Dictar”

Según el diccionario de la Real Academia dictar es: dar, expedir, pronunciar leyes, fallos, o preceptos.

En la practica-jurídica supone: tomar una decisión oral que posteriormente se materializara por escrito.

En las audiencias orales los efectos son inmediatos. Todas las decisiones que se tomen quedaran concretados en un acta por parte del secretario y a partir del fallo verbal puede darse por dictada una sentencia, y cometerse el delito de prevaricato.

Una resolución escrita mientras no haya sido firmada por el juez o no entre al tráfico jurídico no va tener sentido, significa que si hay un proyecto de sentencia que es contrario a la ley pero el juez no la ha firmado, no ha producido ningún efecto jurídico.

En ambas formas lo trascendente es que exista un pronunciamiento jurisdiccional de carácter definitivo sobre el tema, no importa si queda en acta o sea en auto separado.

La frase “Dirigir el proceso”

Dirigir es guiar el proceso, prácticamente convertirse en parte litigante.

Es una especie de patrocinio infiel, y va mas allá del simple asesoramiento, lo relevante es que se esta litigando por medio de otra persona, por medio de la cual se esta percibiendo algún provecho económico.

Existe límite entre asesorar y dirigir a las partes, asesorar es encaminar el proceso a algo, entre los deberes del secretario está impulsar el proceso, dirigir es meterse al proceso en sentido material.

La Participación en el ilícito de Prevaricato

El Prevaricato por ser un delito especial propio, solo puede ser perpetrado por quienes reúnan la cualidad especial requerida en tipo.

En la modalidad de dirigir el proceso por interpósita persona, esta constituiría un partícipe, quien dependiendo de la teoría de la escasez de Enrique Hinberland, *cuando el cómplice brinda un bien escaso es un cómplice necesario, cuando brinda un bien que no es escaso o una aportación que fácilmente puede el autor encontrar es un cómplice no necesario.*

El artículo 67 del Código Penal disciplina: *Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, solo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades.*

La misma regla se aplicará respecto de circunstancias y cualidades que configuren un tipo penal especial.

La Imprudencia en la comisión del Prevaricato

En los delitos imprudentes lo que concurre es infracción a la norma objetiva de cuidado.

En la modalidad culposa del prevaricato hay *una infracción a las más elementales normas jurídicas de conocimiento craso del derecho*, lo que provoca una resolución torcida.

Se habla de negligencia e ignorancia inexcusable; la primera se entiende que es un elemento de la imprudencia, prácticamente es una culpa con representación, porque el juez sabe que debe estar preparado, formado

y saber resolver los casos sometidos a su conocimiento; la segunda - ignorancia inexcusable- supone el desconocimiento de aquello que ha de saberse por elemental o esencial en el cargo o función que se desempeña, por lo que se descarta la posibilidad de un error de prohibición, porque al regular en el tipo –la ignorancia inexcusable- , se excluye que el sujeto pueda alegar en el proceso el desconocimiento de la norma.

El Sistema de Numerus Clausus de los Delitos Imprudentes

Por regla general todos los delitos del Código Penal son dolosos, excepcionalmente se castiga la imprudencia.

Los tipos culposos solamente se sancionaran cuando así lo establezca el legislador de manera expresa, -esto es el sistema de numerus clausus-.

En la regulación del Prevaricato, el legislador no usó la técnica que normalmente se emplea de separar las conductas de comisión dolosas de la imprudente en artículos diferentes, pero no obstante ello se adopta el sistema cerrado de tipificación de delitos imprudentes.

Por tanto la *regulación expresa que debe hacerse de los delitos imprudentes*, no debe entenderse como la necesidad de que estos contengan un epígrafe o que sean disciplinados en un artículo diferente; si no que la conducta se plasme de manera inequívoca en la que se aprecien elementos de la imprudencia.

La imparcialidad en el juzgamiento del Prevaricato

Cuando se juzgan estos delitos, el sujeto que está siendo imputado, ya no es acusado como Juez sino como un ciudadano común y corriente, porque a través de procedimiento de Antejuicio es desafortado y sometido a los tribunales comunes con los mismos derechos y garantías de cualquier persona

No obstante, en la práctica los vínculos de amistad y el estatus con relación al Juez que se está procesando imposibilitan la imparcialidad a la hora de juzgar.

La investigación de la FGR y la independencia judicial

En general las investigaciones de la fiscalía son deficitarias por la cantidad de casos que promueven y porque no existe formación suficiente y necesaria para lograr fundamentar las indagaciones.

La F.G.R, actúa con desinterés para investigar delitos, de tal forma que en algunos casos ya les ha prescrito la acción para promover la investigación respecto a delitos contra la Administración de Justicia.

En otros casos hay fiscales auxiliares que cuando no se les resuelve a favor en una resolución judicial, creen que esa conducta es constitutiva de prevaricato y es donde interfieren con la independencia judicial; porque siempre que el Juez falle con fundamento a la doctrina legal y su interpretación este dentro de los criterios que tiene la norma no constituye una conducta prevaricadora.

Idoneidad y proporcionalidad de las penas del ilícito de Prevaricato

El sistema sancionatorio Salvadoreño debe reformarse: darle mayor importancia a las penas privativas de derechos, porque hay mucho uso de la pena de prisión.

Las penas privativas de derecho son las que tienen que ver con inhabilitaciones o suspensiones; en el Código Penal Salvadoreño este tipo de sanciones están adosadas a la pena de prisión, por tanto son de cumplimiento simultáneo.

Por tanto debería buscarse que en relación a los delitos relativos a la Administración de justicia en los cuales los sujetos activos son personas con

cualidades especiales –juez, Magistrado, Árbitro y secretario Judicial- la pena sea de inhabilitación porque en estos casos la pena suele ser mucho más eficaz que la pena de prisión, tomando en cuenta que en la practica el inciso segundo del artículo 310 regula la imposición de pena de *tres a diez años* equiparándose a la mínima del homicidio simple -diez años-.

El Reingreso a la Carrera Judicial de un juez condenado por Prevaricato

La persona que comete este delito no es conveniente que regrese a la carrera judicial porque para ello existen requisitos, el juez tiene que tener solvencia moral y con la comisión de prevaricato su moralidad queda tachada, crea una imagen inadecuada para el órgano judicial y ante la sociedad porque el juez representa el poder delegado por el Estado.

Particularmente lo que se debe garantizar es que si se va a restituir a un funcionario que ha cometido prevaricato, es la no reiteración delictiva.

El Crimen Organizado en la comisión del Prevaricato

Muchos casos de Prevaricato están vinculados al crimen organizado porque uno de los móviles para que se lleve a cabo este delito es el soborno y el interés personal.

El juez se ve influenciado por dinero y comete acciones contra la administración de justicia; los funcionarios que están ligados a organizaciones criminales como lavado de dinero, tráfico de drogas, tienen que favorecer a estas personas cuando son procesadas y se ven en la necesidad de dictar resoluciones contrarias a la ley.

Jurisprudencia acerca del delito de Prevaricato

En el país las investigaciones de prevaricato han sido mínimas, por tal razón las que se han tramitado hasta la realización de la Vista Publica en su mayoría no existe condena, hay poca producción jurisprudencial al respecto por parte de los Tribunales correspondientes.

Factores que determinan a Prevaricar

El Prevaricato es un delito que tiene como finalidad lograr un provecho que sea de carácter económico directo o indirecto o favorecer a otras personas.

Entre los principales factores destacan: Interés Personal, Soborno, la falta de Capacitación y Conocimiento del derecho para desempeñar el cargo de forma eficiente.

En las modalidades dolosas, principalmente son factores económicos, pretenden acumular dinero de una manera pronta y fácil, influenciados por la sociedad del consumo y el mercado, para lo cual se ven en la necesidad de desarrollar este tipo de prácticas.

En la conducta imprudente son causas intelectuales: la falta de diligencia, capacitación, estudio y conocimiento del derecho por parte del Juez o Magistrado para desempeñar su cargo de forma eficiente.

El proceso de Antejuicio en la comisión del Prevaricato

Es un procedimiento administrativo que resulta sumamente necesario, según los artículos 236 y 239 de la Constitución de la República y el 419 del Código Procesal Penal para desaforar a funcionarios públicos que ostentan privilegios constitucionales en virtud del cargo que desempeñan.

La formación de causa no es un juicio si no que son diligencias previas para ver si se encuentra evidencias sobre si el juez pudo tener alguna participación en el problema.

Procedimiento ante la Asamblea Legislativa

Se sigue a las personas consignadas en el artículo 236 de la Constitución de la República.¹⁶⁹ Para el caso del delito en indagación para los

¹⁶⁹Art. 236.- El Presidente y Vice-Presidente de la República, los Diputados, los Designados a la Presidencia, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el

Magistrados de las cámaras de segunda instancia, de las Salas y Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Se inicia por denuncia interpuesta por cualquier persona, tendrá que ser por escrito, y reunir los requisitos legales comprendidos en los artículos 261 y 262 Pr Pn. La admisión se efectuará por medio de un auto, el cual será notificado al indiciado para que se muestre parte o nombre defensor, y al Fiscal adscrito a la Asamblea Legislativa.

Recibido el dictamen elaborado por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales se señalará día y hora para que la Asamblea discuta el asunto, y en definitiva declare si hay o no lugar a formación de causa -art. 138 RIAL-. Si la Asamblea Legislativa declara que no ha lugar a formación de causa, en la misma resolución ordenará que se archiven las diligencias y no podrá reabrirse antejuicio por los mismos hechos.

Si se declara que ha lugar a la formación de causa, se procede al enjuiciamiento de los hechos por parte de los órganos jurisdiccionales, y a tal efecto se remitirán las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Tribunal que conocerá de la instrucción, y del juicio conocerá la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro.

La Cámara convocará a un Magistrado suplente, quien deberá presenciar el juicio y votará en caso de discordia. -Art. 139 RIAL-. De las resoluciones que pronuncie la Cámara mencionada conocerá en segunda instancia una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, y del recurso que dichas resoluciones admitan, la Corte en pleno.

Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y los representantes diplomáticos, responderán ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan.

Procedimiento ante la Corte Suprema de Justicia

Este procedimiento de Antejuicio procede para las personas mencionadas en el artículo 239 de la Cn¹⁷⁰-Jueces de primer instancia y Jueces de Paz-. Sólo para los llamados delitos oficiales, exceptuando los delitos comunes que estos cometan mientras dure su cargo y se encuentra consignado en el Art. 424 Pr.Pn.

Dicho procedimiento se puede iniciar por denuncia, o de oficio por la Corte Suprema de Justicia.

La denuncia se interpone ante la Corte Suprema de Justicia, en forma escrita o verbal, con las formalidades legales, según el artículo 262 PrPn.

El Antejuicio que se promueve de oficio, tiene lugar cuando la Corte Suprema de Justicia o tribunales superiores, tienen conocimiento que cualquiera de los funcionarios a que se refiere el artículo 424 Pr.Pn, haya cometido un delito de los considerados oficiales.

Sistematización del procedimiento

- Presentación de la denuncia ante la Corte Suprema de Justicia;
- Eventual práctica de una investigación sobre los hechos denunciados;
- Decisión de la Corte Suprema sobre si ha lugar o no a formación de la causa contra el funcionario imputado;
- Instrucción y decisión de la causa en el supuesto en el que se resolviese haber lugar al antejuicio.
- El proceso penal correspondiente lo conocerán los tribunales comunes.

¹⁷⁰Art. 239.- Los Jueces de Primera Instancia, los Gobernadores Departamentales, los Jueces de Paz y los demás funcionarios que determine la ley, serán juzgados por los delitos oficiales que cometan, por los tribunales comunes, previa declaratoria de que hay lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia. Los antedichos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes que cometan.

Efectos de la declaración de formación de causa

Desde que la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia, declaren que ha lugar a formación de causa, el funcionario o quien ejerce como autoridad pública quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones y por ningún motivo podrá continuar en su cargo.

Si la sentencia definitiva es absolutoria, el funcionario o autoridad pública suspendida volverá al ejercicio de su cargo, si no ha expirado el período de la elección o del nombramiento.

En este último caso, tendrá derecho a recibir los sueldos que dejó de percibir a causa de la suspensión dispuesta, sin perjuicio de la reparación de los daños sufridos. Si la sentencia definitiva es condenatoria, el funcionario será destituido de su cargo.

4.2 Análisis de la Investigación

Problemas de la investigación

Problema Estructural

¿Qué conductas constituyen el delito de Prevaricato en la legislación penal salvadoreña y que efectos produce en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia?

El enunciado general está constituido por una serie de cuestionamientos, el primero de ellos relacionado con las conductas que constituyen el ilícito en indagación y el segundo con los efectos producidos por la realización del mismo; ambos han sido comprobados mediante las entrevistas efectuadas durante la investigación de campo.

Estas conductas son tres: Dictar sentencia contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno; dirigir por si o por interpósita persona al interesado o a las partes en el juicio o diligencia que

se sigue en el mismo tribunal o en algún otro y dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia e ignorancia inexcusable.

En relación a los efectos que este ilícito suscita en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia son la inseguridad e incertidumbre jurídica, desconfianza en la persona física delegada del Estado para administrar justicia, violación al principio de imparcialidad –Art. 4 Pr. Pn.-en el proceso y perturbación de la función jurisdiccional que debe realizar el juez.

Problemas Específicos

¿Cuál ha sido la evolución del delito de Prevaricato en el devenir histórico?

El Prevaricato en todo tiempo, lugar y civilizaciones se ha considerado como un problema debido a que atenta contra el Funcionamiento de la Administración de Justicia. Lo cual se explico en el Capítulo II, Marco Histórico Doctrinario, donde se abordo la temática a partir de un esbozo en las épocas de la historia.

- ¿Cuál es la estructura del ilícito Prevaricato de acuerdo a la Teoría Jurídica del Delito?

Se demostró en el capítulo II, a través de la Teoría General del Delito en donde se desarrolló la estructura del tipo penal objeto de estudio, abordada la teoría desde una perspectiva moderna: Teoría Finalista y Post-Finalista.

La primera fue creada por Hans welzel, quien retoma la estructura tradicional del delito, considerado este como una acción típica, antijurídica y culpable. Para el finalismo las categorías del delito serán las mismas pero los elementos que las conforman estarán ubicados de forma que puedan facilitar afirmar que la conducta realizada por el autor es un delito.

La segunda es abordada por Claus Roxin, quien desarrolla y sistematiza las distintas categorías del delito desde la perspectiva de política criminal.

¿Cuál es la Jurisprudencia que existe referente al ilícito de Prevaricato?

En la investigación de campo y documental no fue posible obtener Jurisprudencia con respecto al delito de Prevaricato, en la entrevista los conocedores del Derecho de la opinión que en El Salvador existe un reducido número de casos de este delito que llegan a etapa Sentencia siendo dichas resoluciones absolutorias. Por lo cual este problema se resolvió analizando la Jurisprudencia del Tribunal Español.

¿Cómo se disciplina el Prevaricato en otros Ordenamientos Jurídicos?

Este problema se resolvió en el desarrollo del Capítulo II, cuando se analizo lo referente al Derecho Comparado del ilícito en indagación permitiendo conocer las semejanzas y diferencias con ordenamientos jurídicos de carácter internacional. Lo cual propicio revelar la insuficiencia de la regulación del delito de Prevaricato en nuestro país y considerar elementos de Código Penales como los de Guatemala y Nicaragua para fundamentar una propuesta de reforma.

¿Cuáles son los instrumentos Internacionales, leyes y reglamentos que norman el delito de Prevaricato?

El problema se resolvió en el Capítulo I en el enunciado de los alcances Jurídicos de esta investigación y en el Capítulo II al estudiar el Derecho internacional en el que se analizo los diferentes convenios contra la corrupción que atentan contra la Administración de Justicia.

¿Cuál es el procedimiento aplicable a los magistrados y jueces sometidos a investigación por el delito de Prevaricato?

Se expuso en el Capítulo IV con la información recopilada en la entrevista no estructurada, con lo expresado por los jueces y magistrados que proporcionaron su opinión referente al Procedimiento de Antejuicio.

Hipótesis de la investigación

Hipótesis Generales

- 1. El Prevaricato es un delito especial propio porque solo puede ser realizado por personas que ostentan la cualidad especial descrita en el tipo; y es cometido dolosa e imprudentemente.**

Con la investigación del delito de Prevaricato se pudo constatar que únicamente pueden ser autores y coautores los sujetos determinados en el - Juez, Secretario Judicial y Árbitro- por cumplir con la calidad especial que requiere el tipo; asimismo la primera y segunda modalidad se efectúan con dolo directo y la tercer modalidad por imprudencia, al incorporar el supuesto de hecho Negligencia o Ignorancia Inexcusable y la consecuencia jurídica de una prevaricación culposa.

- 2. La comisión del delito de Prevaricato pone en peligro el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, lo cual produce incertidumbre y desconfianza en la Administración de Justicia.**

Al realizar las entrevistas, la mayoría de conocedores del Derecho fueron de la opinión que el Bien jurídico que tutela el ilícito en estudio es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, ocasionando inseguridad jurídica para las partes que intervienen en procesos judiciales e incredibilidad en la persona física delegada por el Estado para administrar justicia.

Hipótesis Específicas

1. La Constitución de la República y Convenios internacionales contra la Corrupción, obligan regular en el Código Penal conductas contrarias al buen funcionamiento de la Administración de justicia.

En efecto, existen parámetros de prohibiciones relacionadas con el cobro o aceptación de dádivas para las personas que desempeñan un cargo público, en caso de incurrir en una infracción penal el ente encargado de imponer será la persona delegada para ello –juez-. La normativa internacional proporciona respaldo para que El Salvador combata y prevenga la corrupción que atente contra la democracia, sin embargo según la investigación de campo estas normativas no influyen para la prevención de este delito, aumentando los índices de denuncias en la actualidad.

2. El conocimiento de la estructura del delito de prevaricato, es elemental para que los jueces, Magistrados, Auxiliares del Fiscal General, Defensores Públicos y particulares lo interpreten, analicen y apliquen conforme a la Constitución.

Mediante la investigación de campo se logró conocer que la mayoría de juzgadores entrevistados conocen la estructura del tipo penal en mención, siendo garantía que si llegaran a conocer de este delito en un proceso penal fallarían conforme a derecho y determinando si existe o no prevaricato en el caso concreto.

3. Debido a la ausencia de jurisprudencia referente al delito de Prevaricato no existe uniformidad de criterios en la resolución o sentencia por parte de los Tribunales de Justicia Penal.

A través de la investigación de campo y la investigación documental no fue posible obtener Jurisprudencia con respecto al delito de Prevaricato, siendo los conocedores del Derecho de la opinión que en El Salvador existe un reducido número de casos de este delito que llegan a etapa Sentencia siendo dichas resoluciones absolutorias y por ello los Tribunales no pueden

uniformar criterios que posteriormente serviría para motivar sentencias de Prevaricato.

4. El proceso de antejuicio se aplica a Jueces y Magistrados sujetos a investigación por el delito de Prevaricato antes de ser sometidos a los tribunales correspondientes.

Se verifico que el Proceso de Antejuicio descrito en la Constitución de la República es trascendental y de acuerdo con la mayoría de entrevistados es un primer filtro para determinar si las acusaciones de Prevaricato se fundamentan en conductas adecuadas al tipo y que no se trata una modalidad que se encuentre en otro tipo penal, o se funde en inconformidad por parte del ente Fiscal.

Objetivos de la investigación

Objetivos Generales

- **Analizar las modalidades comisivas del delito de Prevaricato en la Legislación Penal salvadoreña.**

Este objetivo se cumplió en el Capítulo II: Marco Teórico, en donde se desarrollo tanto la clasificación como la estructura del tipo penal objeto de análisis, a través de la Teoría Jurídica del Delito: Teoría Finalista y Pos-Finalista, utilizando los aportes de las diferentes corrientes doctrinales sobre la clasificación de tipos penales.

- **Indagar cuales son los efectos que produce el Prevaricato en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.**

El logro de este objetico tuvo lugar mediante la información recopilada en la entrevista no estructurada, en la que los entrevistados expresaron datos que permiten hacer una apreciación de los diversos afectos sociales,

económicos y jurídicos que producen el Prevaricato en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

Objetivos específicos

- **Investigar la evolución del delito de prevaricato a partir de un esbozo en las etapas de la historia.**

Este objetivo se cumplió en el Marco Histórico Doctrinario - Capítulo II

- donde se expusieron los antecedentes históricos del delito de Prevaricato, analizando en sus diferentes etapas históricas, concluyendo su análisis en el devenir histórico de El Salvador y en los Códigos Penales existentes en el mismo.

- **Desarrollar la estructura del delito de Prevaricato con fundamento en la Teoría Jurídica del Delito.**

Este objetivo se verificó en el Capítulo II – Base Teórica - cuando se efectuó la clasificación y estructura del tipo penal Prevaricato con fundamento en la Teoría Finalista y Post-Finalista del delito, analizando las categorías que estructuran el delito, así también, de los Dispositivos Amplificadores del Tipo.

- **Investigar si existe jurisprudencia referente al Prevaricato a nivel nacional.**

En la investigación de campo y documental no fue posible obtener Jurisprudencia con respecto al delito de Prevaricato, en la entrevista los conocedores del Derecho de la opinión que en El Salvador existe un reducido número de casos de este delito que llegan a etapa Sentencia siendo dichas resoluciones absolutorias.

- **Indagar cómo se regula el delito de Prevaricato en otros Ordenamientos Jurídicos.**

El presente objetivo se cumplió en el Capítulo II, en el desarrollo del derecho Comparado, en el que se realizó análisis de la Legislación Penal salvadoreña con otros países, lo que permitió conocer las semejanzas y diferencias existentes en cuanto al Prevaricato.

- **Estudiar instrumentos Internacionales, leyes y reglamentos que norman el delito de Prevaricato.**

Este objetivo se cumplió en el Capítulo I en el enunciado de los alcances Jurídicos de esta investigación y en el Capítulo II al estudiar el Derecho internacional en el que se analizaron los diferentes convenios contra la corrupción que atentan contra la Administración de Justicia.

- **Investigar el procedimiento aplicable a los magistrados y jueces sujetos de investigación del delito de Prevaricato.**

El presente objetivo se cumplió en el capítulo IV, a través de la información recopilada en la entrevista no estructurada, según lo expresado por jueces y magistrados entrevistados.

4.3 Resumen

En este capítulo se han evidenciado los resultados obtenidos en la investigación de campo, y con esta información recabada a través de las personas que tiene un alto grado de conocimiento sobre el tema de estudio se han verificado algunos de los objetivos planteados desde el inicio de esta investigación, así como las hipótesis elaboradas en el capítulo III.

En suma, se les ha dado respuesta a los problemas planteados en el capítulo I, siendo el problema estructural *¿Qué conductas constituyen el delito de Prevaricato en la Legislación Penal Salvadoreña y que efectos produce en el buen funcionamiento de Administración de Justicia?* Siendo la respuesta de la primera parte: Dictar sentencia contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno; dirigir por sí o por

interpósita persona al interesado o a las partes en el juicio o diligencia que se sigue en el mismo tribunal o en algún otro y dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia o ignorancia inexcusable.

La segunda parte del problema tiene como respuesta: siendo estos la inseguridad e incertidumbre jurídica, desconfianza en la persona física delegada del Estado para administrar justicia, violación al principio de imparcialidad –Art. 4 Pr.Pn.-en el proceso y perturbación de la función jurisdiccional que debe realizar el juez.

Posteriormente también se dio respuesta a los problemas específicos planteados al inicio de la investigación.

La hipótesis general uno, *“El Prevaricato es un delito especial propio porque solo puede ser realizado por personas que ostentan la cualidad especial descrita en el tipo; y es cometido dolosa e imprudentemente”*, se verifico en el Capítulo II; en el apartado 2.2.1.3. y 2.2.2.2.

La hipótesis general dos *“La comisión del delito de Prevaricato pone en peligro el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, lo cual produce incertidumbre y desconfianza en la Administración de Justicia”*, se confirmo en el Capítulo II apartado 2.2.2.2.

Las hipótesis específicas de igual manera fueron constatadas; la primera *“La Constitución de la República y Convenios internacionales contra la Corrupción, obligan regular en el Código Penal conductas contrarias al buen funcionamiento de la Administración de justicia”* se verifico el Capítulo I en el enunciado de los alcances Jurídicos de esta investigación y en el Capítulo II al estudiar el Derecho internacional.

La hipótesis específica dos *“El conocimiento de la estructura del delito de prevaricato, es elemental para que los jueces, Magistrados, Auxiliares del Fiscal General, Defensores Públicos y particulares lo interpreten, analicen y apliquen conforme a la Constitución”*, se constato mediante la investigación de campo; de la misma forma se verifico la hipótesis específica tres *“Debido a la ausencia de jurisprudencia referente al delito de Prevaricato no existe*

uniformidad de criterios en la resolución o sentencia por parte de los Tribunales de Justicia Penal”.

La hipótesis específica cuatro “*El proceso de antejuicio se aplica a Jueces y Magistrados sujetos a investigación por el delito de Prevaricato antes de ser sometidos a los tribunales correspondientes*”, se comprobó en el capítulo IV, a través de la información recopilada en la entrevista no estructurada.

En cuanto a los Objetivos, todos ellos se han comprobado en el desarrollo de la investigación, el primer objetivo general ha quedado comprobado en el Capítulo II: Marco Teórico, en donde se desarrollo tanto la clasificación como la estructura del tipo penal objeto de análisis, a través de la Teoría Jurídica del Delito: Teoría Finalista y Pos-Finalista. El segundo objetivo general tenía como objeto indagar los efectos que produce el Prevaricato en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, el logro de este objetivo tuvo lugar mediante la información recopilada en la entrevista no estructurada.

En relación con los Objetivos específicos, el primero se cumplió en el Marco Histórico Doctrinario - Capítulo II - donde se expusieron los antecedentes históricos del delito de Prevaricato; el segundo objetivo se verificó en el Capítulo II – Base Teórica - cuando se efectuó la clasificación y estructura del tipo penal Prevaricato con fundamento en la Teoría Finalista y Post-Finalista del delito; el tercer objetivo se verificó en la investigación de campo y documental; el cuarto objetivo se resolvió en el desarrollo del Capítulo II, cuando se analizó lo referente al Derecho Comparado del ilícito en indagación; el quinto objetivo se cumplió en el Capítulo I en el enunciado de los alcances Jurídicos de esta investigación y en el Capítulo II al estudiar el Derecho internacional; y el sexto objetivo se expuso en el Capítulo IV con la información recopilada en la entrevista no estructurada, con lo expresado por los jueces y magistrados que proporcionaron su opinión referente al Procedimiento de Antejuicio

CAPITULO V
CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

5.1.1 Conclusiones Generales

Conclusiones Doctrinarias

- ❖ El Prevaricato es un tipo penal básico, compuesto, alternativo, de acción, mera actividad, resultativo, cerrado -en las dos modalidades dolosas- e indeterminado -por su modalidad culposa-. Así mismo es congruente por cuanto en las modalidades dolosas existe una correspondencia de la parte objetiva con la subjetiva e incongruente porque en la conducta culposa existe un exceso objetivo al no corresponder lo que el sujeto se representa con lo que resulta objetivamente. Es también un tipo monosubjetivo, especial propio, de Propia Mano, disyuntivo, de peligro concreto y mono-ofensivo.

- ❖ El objeto de la tipificación de este ilícito es garantizar el correcto ejercicio de la Administración de Justicia, salvaguardándola de comportamientos que compliquen la función jurisdiccional y que impliquen abuso de poder -arbitrariedades-, por parte de los juzgadores; no obstante y a pesar de su poca aplicación, es absolutamente necesaria la existencia del tipo penal, como garantía del administrado de que quien ostenta la Autoridad de resolver una determinada situación jurídica, se someta a lo establecido en la Constitución y las leyes.

Conclusiones Jurídicas

- ❖ El Prevaricato estipulado en el artículo 310 del Código Penal Salvadoreño, es un delito especial propio, porque solo puede ser perpetrado por quienes reúnan la cualidad especial requerida en el tipo -Juez, Magistrado, Secretario o Árbitro-.

Contiene tres modalidades comisivas las cuales son:

De comisión dolosa; que se ejecutan cuando el Juez a sabiendas dicta una resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno; y cuando un Magistrado, Juez o Secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.

La tercer modalidad es de comisión culposa, es decir cuando el delito se comete por negligencia o ignorancia inexcusable.

- ❖ En la regulación del Prevaricato, el legislador no uso la técnica que normalmente se emplea de separar las conductas de comisión dolosas de la imprudente en artículos diferentes, pero no obstante ello se adopta el sistema cerrado de tipificación de delitos imprudentes.
- ❖ Para el juzgamiento del delito de Prevaricato cuando éste es cometido por Magistrado o juez- es necesario agotar las condiciones objetivas de procesabilidad –Procedimiento de Antejudio-, como lo determina la Constitución de la República en los artículos 236 y 239.

Conclusiones culturales

El delito de Prevaricato ha estado presente en todas las etapas de la historia.

En la edad antigua se aceptaba como verdad la decisión que tomaba el Rey o sus delegados, no existiendo poder superior al del soberano por lo que la prevaricación no podía atribuírsele al Rey.

En el Derecho Romano existía el *tergiveratio*, el cual consistía en desistir de la acusación por el hecho de no haber estudiado la causa y mucho peor al no haber ensayado su defensa. Teniendo como sujeto activo al abogado litigante.

El Fuero Juzgo ya regula acertadamente la prevaricación culposa de la dolosa; se sancionaba al juez que daba una resolución por soborno con la pena de muerte o según fuere el caso.

En la edad moderna era frecuente que los jueces dieran sentencias injustas debido a que sus cargos eran dados por sobornos o ventas, es decir, que los jueces tenían que favorecer a una persona en juicio como retribución si esta tenía afinidad con quien ayudara a obtener su cargo, dichas conductas prevaricadoras fueron desapareciendo con la Revolución Francesa.

En la edad contemporánea, El Código Tejedor regulaba El Prevaricato en el que se castigaba el Juez que “espedía” sentencia definitiva manifiestamente injusta, al que conocía causas que patrocinó como abogado, el que citaba hechos o resoluciones falsas entre otras conductas.

En la Etapa Precolombina en El Salvador, no se tiene datos exactos y científicos que demuestren la forma en que se regulaba el sistema judicial, siendo hasta la llegada de los españoles en 1492 que al iniciar el periodo de la conquista y posteriormente la colonia hasta 1820 que rigieron las leyes españolas como el Fuero Juzgo, Fuero Real, las Siete Partidas y las Leyes de las Indias.

Conclusiones Socio-Económicas

- ❖ La Prevaricación es una conducta desaprobada por la sociedad por cuanto su comisión produce inseguridad jurídica y desconfianza en la persona física delegada del Estado para administrar justicia.

- ❖ La comisión del delito de Prevaricato –en las modalidades dolosas– deriva de una motivación económica susceptible de estimación pecuniaria, el juez es atraído por acumular riquezas de forma rápida y fácil, comete acciones contra la administración de justicia, siendo sobornado -a que dicte una resolución contraria a la ley o fundada en

hechos falsos-, separándose de la función de administrar justicia que les ha sido encomendada, para anteponer su especial y particular punto de vista y/o interés, frente al interés colectivo y a la ley.

- ❖ Muchos casos de Prevaricato están vinculados al crimen organizado porque uno de los móviles para que se lleve a cabo este delito es el soborno y el interés personal.

5.1.2 Conclusiones Específicas

El delito de Prevaricato se encuentra disciplinado en el Artículo 310 de la legislación penal y consta de tres modalidades comisivas: las primeras dos se ejecutan con dolo directo porque el sujeto activo –juez o magistrado- conoce y quiere realizar el comportamiento contrario a la ley, -dictar sentencia contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno y dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en el juicio o diligencia que se sigue en el mismo tribunal o en algún otro-; por el contrario, la tercera modalidad es cometida por imprudencia, al incorporar el supuesto de hecho -Negligencia o Ignorancia Inexcusable-, en el que existe inobservancia de la norma objetiva de cuidado por parte del sujeto activo-Juez-.

El sujeto pasivo del ilícito de Prevaricato es el Estado, al colocarse en concreto peligro el ejercicio de una buena y correcta Administración de Justicia. Así mismo existe un sujeto injustamente dañando; que doctrinariamente se conoce como: *ofendido*, pero este no es titular del interés específico directamente protegido por la norma penal, porque de la norma no se infiere ninguna relación del Administrador de Justicia que cometió el abuso y el perjudicado por el mismo.

El Prevaricato se consuma con el pronunciamiento de la resolución en que se observa una manifiesta injusticia; es decir, por la firma del aplicador de justicia en un fallo, por ello es indiferente que la sentencia admita corrección en una instancia superior, ni que sea anulado en ella, ni siquiera que sea revocada por el mismo órgano jurisdiccional que la emitió. No requiere ejecutoriedad ni comienzo de ejecución para su consumación; por tanto no admite tentativa.

En el país las investigaciones de prevaricato han sido mínimas, por tal razón las que se han tramitado hasta la realización de la Vista Publica en su mayoría no existe condena, hay poca producción jurisprudencial al respecto por parte de los Tribunales correspondientes.

5.2 Recomendaciones

El equipo de investigación hace las recomendaciones siguientes:

Órgano Judicial

Que en la selección y nombramiento de Jueces y Magistrados cumplan con los requisitos impuestos por la Constitución y Ley de la Carrera Judicial; en virtud del cual los que ostenten este cargo sean personas capaces para administrar justicia conforme a las leyes, con ética y profesionalismo, para evitar en el futuro una posible comisión de este delito que ponga en peligro el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

Que se de aplicación a los Convenios anticorrupción a los cuales El Salvador está adscrito, que tienen como finalidad promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir eficaz y eficientemente la corrupción; facilitar y apoyar la cooperación internacional y a la asistencia técnica en la

prevención y la lucha contra la corrupción, para evitar la comisión de este tipo de prácticas.

Ministerio publico

Que a través de la Escuela de Capacitación Fiscal, facilite capacitaciones referentes a los delitos contra la Administración de Justicia a los auxiliares Fiscales de la F.G.R., para que estos se instruyan acerca de la estructura del tipo penal regulado en el artículo 310 del C. Pn. de acuerdo a la teoría jurídica del delito y de esta manera puedan fundamentar sus requerimientos, acusaciones y alegatos en forma objetiva y proporcionar al juzgador elementos de prueba suficientes que demuestren la responsabilidad del acusado y lograr así su condena evitando la impunidad que actualmente existe en este tipo de delitos.

Procuraduría General de la República

Que por medio de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura reciban capacitaciones en relación a los delitos contra la Administración de Justicia, poniendo especial interés en el Prevaricato, con el objetivo que conozcan sus elementos filosóficos, doctrinarios y legales y así desplieguen mejores estrategias de defensa y alegatos para sus representados.

Consejo Nacional de la Judicatura

Qué a través de la Escuela de Capacitación Judicial y ante el auge en la comisión del delito de Prevaricato impartan capacitaciones mediante las cuales se transmitan conocimientos filosóficos, doctrinarios y legales, acerca del ilícito en indagación a Jueces, Magistrados y Defensores Públicos para que los juzgadores se mantengan en constante aprendizaje y que desempeñen su función con profesionalismo apegada a la constitución y demás leyes.

Policía Nacional Civil

Que a través de la Academia de Seguridad Pública se proporcione a los Agentes de Seguridad el conocimiento necesario acerca del delito de Prevaricato, especialmente a los miembros de la Unidad Especial que investiga los delitos relativos a la Administración de Justicia para que se logre una mejor coordinación con la F.G.R en la investigación del delito en estudio.

Universidad de El Salvador

Que los Catedráticos de la Universidad de El Salvador y de otras universidades impartan los conocimientos necesarios a los dicentes acerca del ilícito de prevaricato por su difícil comprensión debido a los elementos normativos que posee, para que les permita realizar estudios y análisis de los tipos penales referidos a la Administración de Justicia.

Unidad Bibliotecaria de la Universidad de El Salvador

Que se invierta en la adquisición de información: libros, revistas, o soportes electrónicos acerca del delito de Prevaricato y la Teoría Jurídica del Delito, que facilite una mejor investigación del mismo.

Ciudadanía en general

Que ante el conocimiento de la comisión del delito de Prevaricato interponga denuncia ante la Fiscalía General de la República, la Policía Nacional Civil, o ante un Juez de Paz inmediato para evitar la impunidad en este tipo de actos ilícitos.

Asamblea Legislativa

Que se reforme el Artículo 310 del Código Penal, que disciplina el delito de Prevaricato, en el sentido de separar en artículos diferentes las modalidades dolosas de la imprudente: en uno el Prevaricato realizado por la modalidad de emitir una resolución contraria a la Ley o fundada en hechos

falsos, dirigir el proceso por interpósita persona-comisión dolosa- y en otro la modalidad de Negligencia o Ignorancia Inexcusable-comisión culposa-, así como colocar a este último el epígrafe de: Prevaricato Culposo: todo esto para que exista mayor comprensión del delito y facilidad para su adecuación en la teoría jurídica del delito.

Que se derogue la pena de prisión en la comisión de este ilícito porque los sujetos activos de este no son personas que necesiten rehabilitación dentro de un centro penitenciario, en ese sentido que se regule únicamente la pena de la inhabilitación por ser más eficaz y se imponga a su vez la pena de multa.

Propuesta de Reforma

DECRETO No.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, CONSIDERANDO:

- I. Que por Decreto Legislativo No. 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo 335, del 10 de junio del mismo año, se aprobó el Código Penal vigente, con el propósito de tipificar y sancionar las conductas delictivas, disciplinando el Prevaricato en el Libro Segundo, Título XV Capítulo I, de los delitos relativos a la Actividad Judicial, artículo 310.
- II. Que es necesario modificar la aludida disposición legal para establecer una regulación más adecuada de las conductas y que las penas sean proporcional al delito.
- III. Qué de acuerdo al artículo 18 del Código Penal se adopta el sistema de *numerus clausus* para la tipificación de delitos culposos, es decir

que las conductas imprudentes sólo serán sancionadas cuando expresamente lo determine la ley y en el artículo 310 del Código Penal disciplina tanto el prevaricato doloso como culposo.

- IV. Que en concordancia con el artículo 27 infine de la Constitución de la República, con la pena de prisión se pretende rehabilitar y re socializar al infractor de una norma penal.
- V. Que en el ilícito de prevaricato los sujetos activos son profesionales del derecho y que no constituyen amenaza a la sociedad en general.
- VI. Que en el derecho comparado se constata la efectividad de las penas de multa e inhabilitación especial para los sujetos que comenten este tipo de delitos.

POR TANTO: En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los diputados... DECRETA, la siguiente: REFORMA AL CODIGO PENAL.

Art. 1 reformase al artículo 310 que actualmente dice:

PREVARICATO

Art. 310.-*El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.*

Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión.

Lo dispuesto en el inciso primero será aplicable, en su caso, a los árbitros.

Se tendrá como prevaricato el hecho de que un magistrado juez o secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.

Los que incurran en este delito serán sancionados con prisión de uno a tres años.

El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

De la siguiente manera:

PREVARICATO

Art. 310.- *El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con cincuenta a cien días multa e inhabilitación especial del cargo por tiempo de tres a seis años.*

Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de cien a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de tres a diez años.

Lo dispuesto en el inciso primero del artículo 310 será aplicable, en su caso a los árbitros.

Se tendrá como prevaricato el hecho de que un magistrado juez o secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.

Los que incurran en este delito serán sancionados con multa de cincuenta a setenta y cinco días multa inhabilitación de uno a tres años.

PREVARICATO CULPOSO

Art. 310-A

El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con multa de veinticinco a cincuenta días multa e inhabilitación del cargo de dos a cuatro años.

DADO EN EL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, veintiuno de septiembre de dos mil doce.

Bibliografía

- BACIGALUPO Enrique. (1994) Lineamientos de La Teoría General del Delito. Tercera Edición Renovada y Ampliada. Editorial Hammurabi S. R. L.
- CABANELLAS DE TORRES Guillermo (1993) Diccionario Jurídico Elemental Nueva Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L. Undécima edición.
- CARRARA Francesco. -1991- Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. 5, Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- CHÁVEZ MATA Jairo Daniel y Treminio Salmerón Santos Cecilio. - 2009- Autoría y Participación en el injusto criminal. Imprenta de la Universidad de El Salvador. 1ª edición. San Salvador, El Salvador.
- Código Penal de El Salvador. Decreto Legislativo N°: 1030 de fecha 26/04/1997. D. Oficial: 105 Tomo: 335 Publicación DO: 10/06/1997.
- Código Procesal Penal de El Salvador. Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009.
- Consejo Nacional de la Judicatura (2001). Programa de Formación para Jueces (PFI) Texto de Estudio para la Prueba de Conocimiento del PFI.

- Consejo Nacional de la Judicatura. Manual de la Teoría Jurídica del Delito. Impresos Múltiples. El Salvador.
- Constitución de El Salvador. Nº: 38 Fecha 15/12/1983 D. Oficial: 234 Tomo: 281 Publicación DO: 16/12/1983.
- Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Delitos de los Funcionarios Públicos. España. .
- DE SANTO Víctor. (1995) Diccionario de Derecho Procesal. Editorial Universitaria, Segunda edición, Buenos Aires Argentina.
- DONNA Edgardo Alberto. Delitos contra la Administración de justicia. Rubinzal Culzoni Editoriales, Buenos Aires, Argentina.
- FERREIRA DELGADO Francisco J. (1985). Delitos contra la Administración Pública. Segunda Edición. Editorial Temis, Librería Bogotá Colombia.
- FERRER BARQUERO Ramón. (2003). El Castigo del Juez Injusto. Centro Para la Administración de Justicia Colección Monografías No.8.Miami, Florida.
- GARCÍA ARÁN Mercedes y otro. Derecho Penal Parte General. 6ª edición, Valencia, España 2004. Edita Tirant lo Blanch.
- GIMBERNAT ORDEIG Enrique. (1966) Autor y cómplice en Derecho Penal. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Sección de publicaciones e intercambio.

- GOLDTEIN Mateo. (1977). Los Delitos de Prevaricato. Uruguay, Montevideo.
- JIMÉNEZ DE ASÚA Luis. (1963) Tratado de Derecho Penal, III Edición. Losada S.A. Buenos Aires Argentina.
- La Santa Biblia, Versión Latinoamericana. (2005). 122ª Edición. Editorial Verbo Divino. España.
- Ley de Conciliación Mediación y Arbitraje de El Salvador. Decreto Legislativo N°: 914 Fecha:11/07/2002 D. Oficial: 153 Tomo: 356 Publicación DO: 21/08/2002.
- LÓPEZ BETANCOURT Eduardo (2008). Teoría del Delito. Decimo quinta edición. Editorial Porrúa. México.
- Ministerio de Educación. (2009). Historia 1 El Salvador. 2ª ed. San salvador; El Salvador.
- Ministerio de Educación. Estudios Sociales. Imprenta Cartotecnica Centroamérica S.A. Miami, Estados Unidos de América enero de 1996.
- MIR PUIG Santiago (2003) Introducción a las Bases del Derecho Penal Concepto y método. 2º edición, Julio César Faira Editor. Barcelona, España.
- MONTES ALIVARRIETA Leónidas. -1966- La Prevaricación de Abogados y Procuradores. Editorial Jurídica de Chile.

- MUÑOZ CONDE Francisco (2008). Teoría General del Delito. Editorial Temis S. A. Bogotá, Colombia.
- MUÑOZ CONDE Francisco. (2004) Teoría General del Delito, Segunda Edición. Bogotá Colombia; Editorial TEMIS. S.A.
- MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN Mercedes. (2004) Derecho Penal Parte General. 6ª edición, Valencia, España. Edita Tirant lo Blanch.
- OSORIO Manuel. Diccionario Jurídico Elemental.
- OSSORIO Manuel y CABANELLAS Guillermo de las Cuevas (2007) Diccionario de Derecho Tomo II, Editorial Eliasta S.R. L.
- RIVERA MÁRQUEZ Sergio Luis y otros. Código Penal Comentado. Tomo II. Consejo Nacional de la Judicatura El Salvador.
- MIR PUIG Santiago. (2012). Derecho Penal Parte General. 9ª edición, Buenos Aires, Argentina.
- TREJO ESCOBAR Miguel Alberto -. (2002). Curso de Derecho Penal Salvadoreño -Parte General-. Editorial Triple "D". El Salvador.
- TREJO ESCOBAR Miguel Alberto. (1999) Introducción a la Teoría General del Delito. Primera Edición El Salvador.
- TREJO Miguel Alberto y otros. (1996) Manual de Derecho Penal. Parte General. 2º Edición Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador.

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando (1997) Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá-Colombia.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl. (2008) Manual de Derecho Penal Parte General. 2ª edición, Buenos Aires Argentina.

PARTE III

ANEXOS

ANEXO I
INSTRUMENTO UTILIZADO EN LA INVESTIGACION DE CAMPO



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2012

TEMA: “EL PREVARICATO: GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA”

ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA DIRIGIDA A:
 MAGISTRADOS__JUEZ DE SENTENCIA__ SECRETARIO JUDICIAL__
 CONOCEDOR DEL TEMA__

Objetivo de la Entrevista: Obtener información sobre el alcance y aplicación del delito de Prevaricato.

Indicación: Conteste de acuerdo a sus conocimientos cada una de las interrogantes.

Preguntas

1. **¿Cuál es la importancia de la Seguridad Jurídica en los procesos judiciales, y considera que existe en nuestro país?**

2. **¿En qué consiste el Delito de Prevaricato y cuáles son las modalidades comisivas que usted conoce?**

3. **¿Cuándo el tipo penal de Prevaricato hace referencia a “Dictar”, significa que se hace alusión al momento oral del pronunciamiento de la resolución o cuando esta se plasma por escrito?**

4. ¿Cómo debe entenderse el concepto “Dirigir” que se extrae del artículo?

5. En la segunda modalidad –dirigir el proceso por sí o por interpósita persona-, esa tercera persona a título responde, que delito comete y debe tener la calidad especial que exige el tipo para los autores o puede ser cualquier persona?

6. En su opinión: la modalidad de “ignorancia inexcusable” en la comisión del ilícito de Prevaricato ¿es constitutiva de imprudencia?

7. ¿Cómo sancionaría la comisión imprudente si no está regulada de manera expresa como *Prevaricato Culposo*?

8. En el juzgamiento de un Funcionario Judicial ¿Considera usted que existe imparcialidad, por tratarse de jueces juzgando a jueces?

9. ¿Qué opinión le merece las investigaciones realizados por la F. G. R., contra Jueces por el Delito de Prevaricato y considera que interfieren con la independencia judicial?

10. ¿Considera adecuada las penas de las modalidades de comisión de Prevaricato?

11. ¿Considera adecuado que un juez o magistrado después de cumplir condena por la comisión de Prevaricato pueda ingresar nuevamente a la carrera judicial?

12. ¿Considera usted que la comisión del delito de Prevaricato podría estar ligado con el crimen organizado?

13. ¿Conoce usted Jurisprudencia acerca del delito de Prevaricato en El Salvador?

14. ¿Cuáles considera que son los factores que podrían determinar o llevar a un Juez o Magistrado a cometer el delito de Prevaricato?

15. ¿Qué opinión le merece el procedimiento de antejuicio realizado ante la Corte Suprema de Justicia, en contra de un Juez acusado de Cometer delito de Prevaricato?
