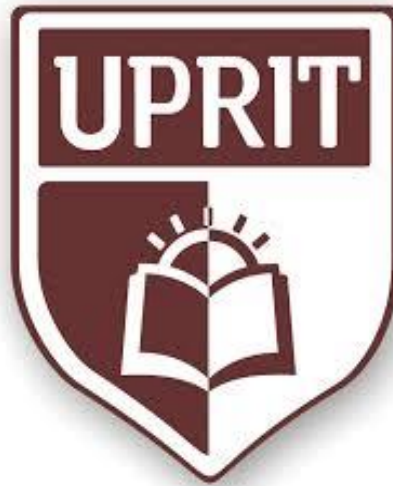


UNIVERSIDAD PRIVADA DE TRUJILO

FACULTAD DE DERECHO

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO



**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO
ACADÉMICO DE BACHILLER EN DERECHO**

**“NECESIDAD DE INCORPORAR A LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL
COMO SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO DE PREVARICATO”**

Autor:

Eugenio Paytan Quispe

Asesor:

Ms. Guillermo Alexander Cruz Vegas

Trujillo – Perú

2019

DEDICATORIA

A mi familia por siempre el motor de mi vida, y mi fortaleza para seguir adelante.

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento especial a mis docentes,
por siempre inculcar en mí la
responsabilidad y el respeto por el derecho
en la sociedad.

ÍNDICE

| | |
|---------------------------------------------------|----|
| RESUMEN..... | 7 |
| ABSTRACT..... | 7 |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 8 |
| 1.1. Realidad Problemática..... | 8 |
| 1.2. Formulación del Problema..... | 9 |
| 1.3. Justificación..... | 9 |
| 1.4. Objetivos:..... | 10 |
| 1.4.1. Objetivo General..... | 10 |
| 1.4.2. Objetivos específicos..... | 10 |
| 1.5. Antecedentes..... | 9 |
| 1.6. Bases Teóricas..... | 10 |
| 1.7. Definición de variables..... | 19 |
| 1.8. Formulación de la hipótesis..... | 19 |
| II. MATERIAL y MÉTODOS..... | 20 |
| 2.1. Material de estudio..... | 20 |
| 2.1.1. Población..... | 20 |
| 2.1.2. Muestra..... | 20 |
| 2.2. Técnicas, procedimientos e instrumentos..... | 21 |
| 2.2.1. Para recolectar datos..... | 21 |
| 2.2.2. Para procesar datos..... | 21 |
| 2.3. Operacionalización de variables..... | 22 |
| III. RESULTADOS y DISCUSIÓN..... | 22 |
| IV. PROPUESTA DE APLICACIÓN PROFESIONAL..... | 26 |
| V. CONCLUSIONES..... | 27 |
| VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS | 28 |

RESUMEN

Mi investigación giró en torno al tema del prevaricato y la posibilidad de incorporar a los miembros del Tribunal Constitucional como sujetos agentes de este delito, ya que en la actualidad no es posible que se considere a los miembros del Tribunal Constitucional como sujetos activos de este delito en perfecta armonía de lo establecido por el rígido principio de legalidad; aunque si existe fundamento para ello, debido a que estos tienen la misma función de administrar justicia, que le asiste a los jueces y fiscales, y por tanto, una conducta como la sancionada en el tipo del artículo 418 lesiona el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración de justicia y el deber de lealtad e imparcialidad de la función; y por tanto, deben ser merecedores de pena por este delito.

En función a lo descrito en el párrafo precedente se formuló como enunciado del problema: ¿Por qué es necesario incorporar a los miembros del Tribunal como sujetos activos del delito de prevaricato? El objetivo general que fue planteado fue: determinar que es necesario incorporar a los miembros del Tribunal como sujetos activos del delito de prevaricato. Como hipótesis se formuló la siguiente: “es necesario incorporar a los miembros del Tribunal como sujetos activos del delito de prevaricato, debido a que, al igual que los jueces y fiscales, tienen la calidad de magistrados y están encargados de la trascendental función de administrar justicia en materia constitucional en última instancia con la emisión de sentencias que inclusive pueden tener la calidad de precedente vinculante”.

Se usó la técnica del análisis documental con la finalidad de registrar los datos e información relevante sobre el tema, que se ha podido extraer de la doctrina nacional. Al mismo tiempo se analizará los pronunciamientos sobre el delito de prevaricato que ha tenido la Corte Suprema de Justicia del Perú. A nivel metodológico se hizo uso del método hermenéutico, el mismo que me facilitó la posibilidad de poder interpretar los alcances del tipo penal de prevaricato, así como del Tribunal Constitucional como institución autónoma.

ABSTRACT

My investigation revolved around the issue of the prevaricate and the possibility of incorporating the members of the Constitutional Court as agents of this crime, since at present it is not possible to consider the members of the Constitutional Court as active subjects of this crime in perfect harmony of those established by the rigid principle of legality; although there is a basis for this, because they have the same function of administering justice, which assists judges and prosecutors, and therefore, a conduct such as that sanctioned in the type of article 418 damages the correct legal functioning of the to the administration of justice and the duty of loyalty and impartiality of the function; and therefore, they should be worthy of this crime.

According to what was described in the preceding paragraph, it was formulated as a statement of the problem: Why is it necessary to incorporate the members of the Court as active subjects of the crime of prevarication? The general objective that was raised was: to determine that it is necessary to incorporate the members of the Court as active subjects of the crime of prevarication. As a hypothesis, the following was formulated: "It is necessary to incorporate the members of the Court as active subjects of the crime of prevarication, because, like the judges and prosecutors, they have the quality of magistrates and are in charge of the transcendental function of administering justice in constitutional matters ultimately with the issuance of sentences that may even have the quality of binding precedent".

The documentary analysis technique was used in order to record the relevant data and information on the subject, which has been extracted from the national doctrine. At the same time, the pronouncements on the crime of prevaricate that the Supreme Court of Justice of Peru will have been analyzed. At the methodological level, the hermeneutical method was used, which facilitated the possibility of interpreting the scope of the criminal type of prevaricate, as well as the Constitutional Court as an autonomous institution.

I.

INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad Problemática:

Dentro del parte especial de los delitos contra la administración de justicia encontramos al artículo 418 del Código penal que regula el tipo penal de prevaricato, la estructura típica de este expresa lo siguiente:

El Juez o Fiscal, que dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

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

Hasta ahí todo parecer ser claro y no presentarse ningún problema al respecto, sin embargo, es necesario preguntarse qué sucedería si es que un miembro del Tribunal Constitucional, que son aquellos que administran justicia, al igual que el fiscal y el juez, pero en materia constitucional y en nivel jerárquico más alto. Cometería prevaricato?, o es que acaso la figura sería atípica. El profesor James Reátegui, ha sostenido que al ser magistrados con una

trascendental función de administrar justicia en el ámbito constitucional en definitiva instancia y en otras materias en forma única y exclusiva, están obligados a cumplir con la observancia de protección del bien jurídico, correcto funcionamiento de la administración de justicia; sin embargo, aunque parezca asistirle la razón al mencionado académico, no es menos cierto afirmar que, la aplicación de tipos penales no puede ser ilimitado, sino que se debe sujetar a determinados principios, como el de legalidad, que impide que sea sujeto activo, un magistrado, que así tenga una función similar, no está considerado taxativamente como sujeto actor del prevaricato en cualquiera de sus formas. Una interpretación distinta, sería incorrecta porque el principio de legalidad impide aplicar la analogía para sancionar (artículo III del Código Penal).

De ahí que si bien es cierto, no es posible que se considere a los miembros del Tribunal Constitucional como sujetos activos de este delito en perfecta armonía de los establecido por el rígido principio de legalidad; si es correcto que tienen la misma función de administrar justicia, que le asiste a los jueces y fiscales, y por tanto, una conducta como la sancionada en el tipo del artículo 418 lesiona el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración de justicia y el deber de lealtad e imparcialidad de la función; y por tanto, deben ser merecedores de pena por este delito; para ello no se debe extender el tipo penal con una aplicación extensa o de analogía *in malam partem*, sino que la solución merece una modificación del tipo penal aludido de *lege ferenda*.

1.2. Formulación del problema:

¿Por qué es necesario incorporar a los miembros del Tribunal como sujetos activos del delito de prevaricato?

1.3. Justificación:

Se justifica la investigación debido a que, en el plano legal, es necesario evitar que un tribunal de justicia de un nivel tan alto como lo es tribunal

constitucional, deba ser sometido a sanciones si es que realiza actos dolosos que afectan la impartición de justicia.

Puede ser muy discutible de si así como está la regulación del tipo penal de prevaricato ya incluye a los magistrados del poder judicial, por lo que la razón de la investigación es tender a que estos deben ser incorporados como sujetos activos de este delito, a fin de evitar, por aplicación de la rigidez del principio de legalidad, un acto de impunidad.

1.4. Objetivos:

1.4.1. Objetivo General:

- Determinar que es necesario incorporar a los miembros del Tribunal como sujetos activos del delito de prevaricato.

1.4.2. Objetivos específicos:

- Estudiar los alcances de los sujetos activos del delito de prevaricato en el Perú.
- Establecer los fundamentos de la necesidad de incorporar a los miembros del Tribunal como sujetos activos de Prevaricato.

1.5. Antecedentes:

- **Alexander Rioja Bermúdez** ¿cómo se configura el delito de prevaricato según los criterios de la Corte Suprema?, artículo publicado en Legis. Pe. Conforme lo señala el autor *“Esta figura (refiriéndose al prevaricato) protege el normal y correcto funcionamiento de la administración de justicia, entendida esta como una actividad que engloba ciertos **principios** fundamentales; esto es, de **legalidad, independencia, imparcialidad e igualdad**, y que busca garantizar que los funcionarios públicos que administran justicia resolverán los conflictos de forma objetiva, sin pretender beneficiar a una de las partes”*. Señala además que la Corte suprema viene resaltando la naturaleza culposa de este delito.

- **Arbulú Martínez, Víctor Jimmy.** El delito de prevaricato de jueces y fiscales, artículo digitalizado que ha sido publicado en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_04.pdf, el autor concluye que “*Si la norma que es objeto de colisión de la resolución o dictamen presuntamente prevaricador tiene más de una interpretación, esta deja de ser un texto claro o expreso, en consecuencia la conducta es atípica por falta de un elemento descriptivo del tipo*”, ello también ha sido recogido por la jurisprudencia. Artículo virtual”.

1.6. Bases teóricas:

a. Enunciado típico:

Art. 418.- El juez o fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

b. Notas preliminares:

Anclando en esta temática del injusto *funcionarial*, identificamos una figura que afecta de forma directa la función jurisdiccional, en el sentido de que sus protagonistas son los miembros del PJ y del MP; de ahí que la conducta prohibida provenga de la propia plataforma institucional que asienta la estructura basilar de ambos organismos, incidiendo en la comisión del delito de <<Prevaricato>>.

El bien jurídico -objeto de tutela penal-, abarca la actuación *funcionarial*, tanto de los jueces como los fiscales, donde estos últimos desarrollan una función de primera línea en la procura de la administración de justicia, sin que ello quepa entender que aquellos realicen una actividad típicamente jurisdiccional.

Es sabido, que la excelsa misión de administrar justicia ha de sujetarse a los dictados del llamado Estado Constitucional de Derecho; el apego a la ley y a la constitución política, así como el propósito de alcanzar un sano sentimiento de justicia, conforme a los intereses comunitarios.

Los Jueces, el Poder Jurisdiccional, ostentan el deber de dictar resoluciones y sentencias y, además, el monopolio de la jurisdicción, que supone, de unja parte, la facultad exclusiva de aplicar las leyes en los procesos que ante ellos se diluciden y, de otra, el poder de declarar de modo vinculante y definitivo cuál es el contenido y voluntad de la ley [QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Vol. II*, cit. ps. 1281-1282].

En consuno, hacer alusión al delito de prevaricación, es hacer alusión a un abordaje, que exterioriza el quehacer conductivo que desprestigia la labor jurisdiccional y a la a labor fiscal, debilitando la confianza del colectivo hacia el sistema jurídico en su conjunto, sumado a un alto porcentaje de la población, que no confía en la labor de los magistrados.

¿Cuáles son los fundamentos político criminales de esta incriminación del injusto *funcionarial*? ¿Resulta necesario la tipificación del delito de prevaricato? Pues, por ahí se podría decir, que la función jurisdiccional es autónoma e independiente y, de que no se responde, más que a la propia conciencia del magistrado, nada más falto a la verdad, en la medida, que la justificación política criminal de esta acriminación responde, a la necesidad de tutelar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y, con ello, la vigencia fáctica del ordenamiento jurídico, de que las decisiones judiciales sean respuestas fundadas en Derecho.

Ciertamente, no son pocas las ocasiones, en que advertimos la incidencia jurisdiccional de este delito, no siempre de forma clara y manifiesta, en tanto muchos de estos comportamientos pretenden en cubrirse a partir de criterios interpretativos o de las deficiencias estructurales de la ley. En tal perspectiva, cabe precisar que los defectos de técnica legislativa, de que hace gala el legislador, al momento de sancionar las conductas regladas, abre inmensos espacios de discrecionalidad interpretativa, lo que a la postre desencadena un estado de inseguridad jurídica, con ello un campo fecundo para la perpetración de esta conducta delictiva, incompatible con los fines de justicia en el Estado Constitucional de Derecho.

Atendiendo lo anotado, la perspectiva político criminal se asienta en un basamento plenamente justificado, donde la intervención punitiva, tiende a perfilarse en tres frentes a saber: primero, como herramienta de protección, de la vigencia efectiva del orden jurídico, en sentido material y no formal; segundo, como mecanismo de interdicción a todos visos de arbitrariedad pública y tercero, asegurase, de que las resoluciones jurisdiccionales, sean el manifiesto de la justicia que buscan legítimamente las partes en el proceso.

La Administración Pública en el Estado de Derecho, debe desarrollarse bajo ciertos principios fundamentales, esto es, de legalidad; que, En su sentido material, es una garantía de libertad personal y política de los ciudadanos y se constituye en un límite jurídico importante para todo acto de poder Estatal como expresa [PRADO SALDARIAGA, Víctor. -OP. cit., p. 28.], independencia, objetividad, igualdad, imparcialidad, de conformidad con los intereses públicos tutelados por el derecho. Entonces, la administración Pública es un bien intermedio, pues, posibilita la realización del individuo mediante concretas actividades Socio-económicas-culturales. Son bienes intermedios que posibilitan el

acceso social a los ciudadanos a las prestaciones públicas que el Estado se obliga a desarrollar conforme al interés general de los administrados, es decir, como bienes públicos de naturaleza instrumental, que deben ser protegidos y mantenidos siempre que aparezcan legítimos intereses en tanto satisfagan las exigencias de justicia -básicamente: libertad e igualdad [ALCÁCER GUIRAO, Rafael; *sobre el concepto de delito ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?* Ad-Hoc. Buenos Aires, Primera edición, junio del 2003, cit., p. 114.], en tanto, que en una sociedad democrática participativa debe procurarse que el individuo participe activamente en las relaciones Intersociales y en su relación con el Estado, que se manifiesta a partir de una serie de actividades públicas, necesarias para el mantenimiento de una sociedad justa e igualitaria, sostenida en el contrato social y en el paradigma del bien común [PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *Análisis dogmático sobre el delito de tráfico de influencias, delimitación del bien jurídico objeto de protección y autoría y participación*. En: Normas Legales. Doctrina, Jurisprudencia, Actividad Jurídica, noviembre 2004. Volumen II, cit., p.28]

c. Bien jurídico protegido:

En el marco del Estado de Derecho, prevalecen las normas que regulan la vida en sociedad de conformidad con los principios que sistematizan todo el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por consiguiente, el magistrado no puede hacer prevalecer los intereses personales o privados, ante los intereses primordiales de orden superior. Cuando un magistrado resuelve un caso contra el texto expreso de la ley, no solo afecta los intereses sometidos a su discrecionalidad jurisdiccional, sino un interés general de la colectividad, y la seguridad jurídica como bastión de la Administración de justicia en el Estado de Derecho.

Ciertamente, la función jurisdiccional despliega efectos de especial relevancia cognitiva y comunicativa hacia la sociedad, en la medida que a partir de sus mandatos y decisiones se amparan derechos que suponen la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas entre los ciudadanos, vital para establecer un orden de convivencia pacífica en un régimen de igual libertad.

La seguridad jurídica implica necesariamente la garantía de la libertad personal. Ante tal situación, una conducta prevaricadora del magistrado en la esfera de la justicia penal, provoca ámbitos concretos de injusticia material, y, con ello la defraudación de intereses sumamente relevantes en un orden democrático de derecho. Derechos fundamentales como la libertad personal, suponen una grave afectación a un bien jurídico de significativa trascendencia en el orden jurídico-constitucional, lo cual ha llevado a otras constelaciones normativas a constituir este hecho como una circunstancia agravante que recibe una pena mayor [así, el artículo 209° del CP argentino, al establecer que la resolución prevaricadora que dicta sentencia condenatoria en causa criminal, se constituye en una circunstancia agravante cualificante; el CP español de 1995, en su artículo 446.1, establece lo siguiente “(..), con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitas superior y multa de 12 a 24 meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años”]; mientras que nuestro derecho positivo recoge la figura delictiva de la <<detención ilegal>>, recogida en el artículo 419° del CP.

El designio político criminal del legislador ha sido, principalmente, tutelar el legal desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional frente a las actividades ilícitas de los jueces o de aquellos que realizan de una forma íntimamente conexa a la administración de justicia (V.gr.,

fiscales, abogados) [FRISANCHO APARICIO, M.; Delitos contra la administración de justicia. Jurista Editores, Lima. 2001, cit., p. 170.].

Entonces la tipificación del delito de prevaricato obedece a una necesidad esencial: de poner límites al poder arbitrario de los órganos públicos, de colocar los derechos y libertades fundamentales como un valladar inexpugnable ante toda actividad pública.

Siguiendo a FRISANCHO APARICIO, diremos que el bien jurídico tutelado, mediante la figura de prevaricato, es la legalidad en el ejercicio de la actividad de administrar justicia y, asimismo, la confianza que el ejercicio de la potestad judicial se guía de acuerdo a los principios del Estado de Derecho [FRISANCHO APARICIO, M.; Delitos contra la administración de justicia, cit., p.178,], su relación con la administración de Justicia, y con ella, al mismo tiempo con el Poder Judicial, que es el encargado dentro del esquema de la división de poderes de esta importante función del Estado de Derecho [MUÑOZ CONDE, F.; Derecho penal. Parte Especial. Undécima edición, revisada y puesta al día, conforme al código penal de 1995. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, cit., p. 791.]

A decir de GONZÁLES RUS, el bien jurídico protegido es la propia administración de justicia, la cual se ve afectada por la actuación irregular del juez en el conocimiento de un caso concreto. Se reprime penalmente el irregular alejamiento de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico mediante una indebida actuación jurisdiccional en clara contravención en las leyes [GONZÁLES REUS, J.J.; Delitos contra la administración de justicia (I), cit., p.456].la protección es principalmente el correcto funcionamiento de la Administración de justicia, institución fundamental para la convivencia oficial y desarrollo de las libertades y otros principios

democráticos de cualquier país [SERRANO GÓMEZ,A.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p.819]

d. Sujetos intervinientes:

Es preciso señalar que el delito de prevaricato se constituye en un delito especial propio, es decir, el tipo penal exige como elemento normativo una especial cualificación funcional del autor: juez o fiscal, cuestión aparte es si un *extraneus* (particular), puede intervenir como partícipe (cómplice o instigador) en la configuración de este delito

❖ **Sujeto pasivo:**

Lo será siempre el Estado como titular del bien jurídico objeto de afectación por esta figura delictiva, pero, los efectos perjudiciales de esta conducta criminosa siempre recaen sobre intereses particulares, en tal sentido, sujeto pasivo inmediato puede serlo cualquier persona, sea una persona natural o jurídica [Así, REÁTEGUI SANCHEZ, J.; *El delito de prevaricato en el Código Penal Peruano*, cit., p.235].

❖ **Sujeto activo:**

En principio autor de este delito, solo podrá ser aquel que se encuentre revestido con el poder de impartir justicia en la Republica peruana y aquel funcionario estatal revestido de funciones fiscales, con arreglo a los artículos 138° y 158° de la Ley Fundamental, en correspondencia con la LOPJ y LOMP.

✓ **Comprensión del término magistrado**

Cuando se hace alusión al término “magistrado”, debe entenderse juez o fiscal, eso sí, el agente al momento de realizar la acción típica debe encontrarse en uso pleno de sus atribuciones funcionales.

Por juez o magistrado debe entenderse aquel que realiza una actividad jurisdiccional en el sistema de justicia, concretamente en el Poder Judicial; mientras que, en el caso de los Fiscales, serán todos aquellos comprendidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público-. Se excluye de este ámbito autoral a los notarios, quienes no ejercen actividad jurisdiccional según el marco jurídico-constitucional.

✓ **Los órganos de la administración pública:**

En lo que respecta a los órganos administrativos, sea que estos actúen como oficinas o entidades de gestión y/o decisión, así como Tribunales Colegiados Corporativos, no pueden estar comprendidos en el círculo de autores, tanto por una consideración de estricta legalidad como razones de orden constitucional.

Mucho se discute en la actualidad, acerca de los ámbitos competenciales que deben ejercer las actividades administrativas, en cuanto el respecto a la ley y privilegiar la primacía de la constitución sobre el resto de dispositivos legales comprendidos en la pirámide Jurídico-constitucional. Punto en cuestión que fuera objeto de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, reconociendo a los órganos de la administración pública, la potestad de <<ejercer el

control difuso de la constitucionalidad normativa>>, en la sentencia recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC de fecha 14 de noviembre del 2005, con la calidad de <<precedente vinculante>> según lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

A nuestro entender, los órganos de la administración pública, al estar vinculados a la legalidad ordinaria y material, de todos modos, cuentan con la potestad suficiente, para preferir el precepto constitucional sobre la norma de menor rango, en mérito al principio de <<jerarquía normativa>> contemplado en el artículo 51° de la Ley Fundamental.

e. Modalidades Típicas:

- **Prevaricato de derecho:**

La resolución es contraria a la ley cuando adopta una solución que dispone algo contrario a lo que la ley invocada permite disponer, ósea manda o prohíbe algo, algo que la ley invocada no manda o no prohíbe [Creus, C.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., p. 327].

- **Prevaricato de hecho:**

En cuanto al prevaricato de hecho, se señala en la doctrina nacional, debe entenderse que el juez o fiscal, invoca hechos falsos cuando ellos no existen o más exactamente, cuando no aparecen constando en los autos que resuelve [REÁTEGUI SÁNCHEZ, J.; El delito de prevaricato en el Código Penal Peruano, cit., p. 237.]

- **Manifiestamente ilegal: (normas derogadas):**

De las variantes del delito de Prevaricato, de recibo la modalidad más grosera, resulta cuando el juez o fiscal, sostienen el amparo jurídico de sus decisiones, en mérito a leyes supuestas o derogadas; se refiere a normativas que no se encuentran regladas en todo el universo del ordenamiento jurídico o con dispositivos legales que han sido abrogados por el legislador, a lo cual hace incluir aquellas normas que han sido expulsadas del derecho positivo, virtud a una sentencia estimatoria, de un Proceso de Inconstitucionalidad. **(Peña Cabrera, 2016)**

f. Tipo subjetivo:

El elemento subjetivo del injusto, **DOLO**, debe probarse en el curso del Proceso penal, de ahí la necesidad de configurar este elemento interno en base a premisas comprobables y verificables.

1.7. Definición de variables:

- **Variable independiente:**

Prevaricato

- **Variable dependiente:**

Miembros del Tribunal Constitucional

1.8. Formulación de la hipótesis

Es necesario incorporar a los miembros del Tribunal como sujetos activos del delito de prevaricato, debido a que, al igual que los jueces y fiscales, tienen la calidad de magistrados y están encargados de la trascendental función de administrar justicia en materia constitucional en última instancia con la emisión de sentencias que inclusive pueden tener la calidad de precedente vinculante.

II.

MATERIALES Y METODOLOGÍA

2.1. Material de estudio:

2.1.1. Población:

Legislación: (Código penal, Ley orgánica del TC), **doctrina** y **jurisprudencia**, sobre prevaricato y el Tribunal Constitucional.

2.1.2. Muestra:

Legislación:

- Constitución: Artículo 2 inciso 24 literal d).
- Código Penal: artículo 418.- que contiene el tipo penal de prevaricato; artículo II TP, principio de legalidad; artículo III principio de prohibición de aplicación de analogía y artículo IV principio de lesividad.

Doctrina:

- GARCÍA CAVERO, Percy, (2008). “Lecciones de derecho penal”, Grijley, Lima- Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso (2016). “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo IV, Idemsa, Lima- Perú.
- REÀTEGUI SANCHEZ, James, (2016), “el delito de Prevaricato en el Perú”.

Jurisprudencia:

- Sentencia de vista 02-2014 Lambayeque, que hace un análisis de la estructura típica del prevaricato.
- Sentencia de vista 08-2011, Ica, que establece los alcances de lo que se debe entender por texto expreso y claro de la ley.

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 010-2002-Caso Marcelino Tineo Silva, en su fundamento 45 hace un desarrollo de los alcances del principio de legalidad.

2.2. Técnicas, procedimientos e instrumentos:

2.2.1. Para recolectar datos:

- **Fichaje:**

Con esta técnica se registró los datos e información relevante sobre el tema en el instrumento ficha, organizando la información que sobre los materiales se obtenga. **El instrumento usado fue la ficha.**

- **Análisis documental:**

Con la finalidad de registrar los datos e información relevante sobre el tema, que se ha podido extraer de la doctrina nacional. Al mismo tiempo se analizará los pronunciamientos sobre el delito de prevaricato que ha tenido la Corte Suprema de Justicia del Perú.

2.2.2. Para procesar datos:

- **Método Deductivo**

Mediante este método, pudimos llegar a determinar la problemática propuesta sobre el delito de prevaricato, partiendo del conocimiento general que nos brinda la doctrina y todo el material bibliográfico utilizado.

- **Método Hermenéutico:**

Este método me facilitó la posibilidad de poder interpretar los alcances del tipo penal de prevaricato, así como del Tribunal Constitucional como institución autónoma, a las que llegamos como conclusión que se ven vulnerados por este proceso especial.

- **Método doctrinario:**

Método referido básicamente al análisis de la dogmática, en las ciencias jurídicas específicamente las ideas de los juristas referido a temas jurídicos de relevancia. Este método fue de utilidad, para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posiciones referidos a la temática planteada.

2.3. Operacionalización de variables:

| Variables | Indicadores |
|-------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------|
| Indicador: Prevaricato | Principio de legalidad Interpretación típica Interpretación de analogía |
| Indicador Miembros del Tribunal Constitucional | Información Opiniones Decisiones |

III. RESULTADOS Y DISCUSION

Según **la doctrina** consultada, es de verse, que el texto punitivo del prevaricato, data de 1991, en cuya temporalidad normativa estaba vigente en toda la república del Perú, el Código de Procedimientos Penales de 1940, la Constitución Política de 1979, la LOMP de 1982 así como el código de ejecución penal del año 1991; conforme a todo este entramado codificador; solo se estipulaba que los fiscales -en el ejercicio de sus funciones-, emiten <<dictámenes>> y <<resoluciones>>; es decir, Cuando se hace alusión al término “magistrado”, debe entenderse juez o fiscal, eso sí, el agente al momento de realizar la acción típica debe encontrarse en uso pleno de sus atribuciones funcionales.

Por juez o magistrado debe entenderse aquel que realiza una actividad jurisdiccional en el sistema de justicia, concretamente en el Poder Judicial; mientras que, en el caso de los Fiscales, serán todos aquellos comprendidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público-. Se excluye de este ámbito autoral a los notarios, quienes no ejercen actividad jurisdiccional según el marco jurídico-constitucional; esto quiere decir, que por aplicación del principio de legalidad solo los jueces y fiscales son sujetos activos del prevaricato, se excluyen otros sujetos activos, así sea magistrados.

Recordemos que el principio de legalidad en el Perú es rígido y debe respetarse pues constituye una garantía de todo ciudadano; así pues, La jurisprudencia revisada, avala el principio de legalidad, tanto a nivel de la Corte Suprema como del tribunal Constitucional y ha establecido la prohibición de la aplicación de la

analogía en materia penal, salvo que favorezca al imputado; en ese sentido considera que la *lex stricta* o la exacta, establece que la conducta debe encuadrar en el tipo penal de manera exacta, por tanto, está prohibido, sancionar conductas equiparándolas a otros tipos penales si previstos, ello atentaría contra el principio de legalidad.

Con este delito, lo que se hace es ofender las bases de un Estado Constitucional de Derecho, donde la ley -en sentido material-, es torcida, es decir, desnaturalizada en su ratio y esencia, por la actuación manifiestamente jurídica, del órgano jurisdiccional; sin embargo, el principio de legalidad no permitiría que los miembros del Tribunal Constitucional sean sancionados por prevaricación.

Es interesante la propuesta de REÁTEGUI SÁNCHEZ, cuando se pregunta lo siguiente:

¿Por qué no pueden ser pasibles los miembros del Tribunal Constitucional del delito de prevaricato en el Código Penal peruano, si lo que castiga aquel delito es precisamente una mala aplicación del derecho? Su tratamiento jurídico penal en función a la autoría individual correría la misma suerte que la de los miembros de un tribunal colegiado, es decir, con un voto en una resolución asumen responsabilidad o irresponsabilidad [REÁTEGUI SANCHEZ, J.; *El delito de prevaricato en el Código Penal Peruano*, cit., p.245.]. En la doctrina española, se dice que, si consideramos que a través del delito de prevaricación judicial **se protege el bien jurídico del correcto ejercicio de la función jurisdiccional, con independencia del órgano que las ejerce**, cabe aceptar la inclusión de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en el ámbito de la tipicidad de los arts. 4465 y 447 del CP (español), siempre que la sentencia dictada sea contraria a los métodos y normas jurídicas que rigen la interpretación y aplicación del Derecho [TASENDE CALVO, J.J.; *Aspectos controversiales de la prevaricación judicial...*cit., p.4]. Criterio que se ajusta a nuestro derecho positivo vigente, al constituir el mismo contenido material del bien jurídico tutelado, conforme lo anotado en apartados anteriores.

Sin embargo, sin embargo, aunque parezca asistirle la razón al mencionado académico, no es menos cierto afirmar que, la aplicación de tipos penales no puede ser ilimitado, sino que se debe sujetar a determinados principios, como el de legalidad, que impide que sea sujeto activo, un magistrado, que así tenga una función similar, no está considerado taxativamente como sujeto actor del prevaricato en cualquiera de sus formas. Una interpretación distinta, sería incorrecta porque el principio de legalidad impide aplicar la analogía para sancionar (artículo III del Código Penal).

De ahí que si bien es cierto, no es posible que se considere a los miembros del Tribunal Constitucional como sujetos activos de este delito en perfecta armonía de lo establecido por el rígido principio de legalidad; si es correcto que tienen la misma función de administrar justicia, que le asiste a los jueces y fiscales, y por tanto, una conducta como la sancionada en el tipo del artículo 418 lesiona el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración de justicia y el deber de lealtad e imparcialidad de la función; y por tanto, deben ser merecedores de pena por este delito; para ello no se debe extender el tipo penal con una aplicación extensa o **de analogía in malam partem, sino que la solución merece una modificación del tipo penal aludido de lege ferenda. (Modificación legal)**

IV.
PROPUESTA DE APLICACIÓN PROFESIONAL

Lo que se deba hacer a fin de no lesionar el principio de legalidad extendiendo indebidamente la aplicación del prevaricato a la realización de esta conducta por parte de los miembros del Tribunal Constitucional, es modificar el código penal incluyendo estos en el tipo penal; como en su momento se hizo con un proyecto de ley que sin explicación se archivó en nuestro Congreso de la República. El código debe prescribir así:

Artículo 418.- El Juez y miembro del Tribunal Constitucional, que dictan resolución o el Fiscal que emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*

V. CONCLUSIONES

- En el Perú el tipo penal de prevaricato se encuentra regulado en el artículo 418 del código penal y tiene como medio de ejecución las resoluciones judiciales y los dictámenes fiscales. No estando comprendidos los miembros del tribunal constitucional.
- El principio de legalidad en el Perú, es rígido, de forma tal, que no puede sancionarse a una persona por realizar una conducta que no está de forma expresa e inequívoca y de forma previa como delito o falta en el código penal o una ley especial. No se puede aplicar la analogía, salvo que sea favorecedora al investigado.
- La aplicación de tipos penales no puede ser ilimitado, sino que se debe sujetar a determinados principios, como el de legalidad, que impide que sea sujeto activo, un magistrado, que así tenga una función similar, no está considerado taxativamente como sujeto actor del prevaricato en cualquiera de sus formas.
- Es necesario incorporar a los miembros del Tribunal como sujetos activos en la descripción típica del prevaricato, debido a que, al igual que los jueces y fiscales, tienen la calidad de magistrados y están encargados de la trascendental función de administrar justicia en materia constitucional en última instancia con la emisión de sentencias que inclusive pueden tener la calidad de precedente vinculante.

VI.
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- BRAMONT ARIAS, Luis A. y GARCÍA CANTIZANO, María. (2002). Manual de derecho penal. Parte Especial, San Marcos, Lima- Perú.
- GARCÍA CAVERO, Percy, (2008). “Lecciones de derecho penal”, Grijley, Lima- Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso (2007). “Derecho Penal. Parte General”, 2da Edición, Editorial Rhodas, Lima- Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso (2011). “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo IV, Idemsa, Lima- Perú.
- REÀTEGUI SANCHEZ, James, (2016), “el delito de Prevaricato en el Perú”, Idemsa, Lima- Perú.
- VILLA STEIN, Javier (1998) Derecho Penal Parte General, Editorial San Marcos, Lima-Perú.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2014), Derecho Penal Parte General, Grijley, Lima- Perú.

