

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS CONSTITUCIONALES Y JURÍDICO PENAL QUE GENERA LA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO DE DERECHO EN EL PERU

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

Maestro. LIDIA ELVIRA ALBÁN ZAPATA

Asesor:

Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA

Cajamarca – Perú

2022

COPYRIGHT@ 2022 by
LIDIA ELVIRA ALBÁN ZAPATA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS CONSTITUCIONALES Y JURÍDICO PENAL QUE GENERA LA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO DE DERECHO EN EL PERU

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

Maestro. LIDIA ELVIRA ALBÁN ZAPATA

JURADO EVALUADOR

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2022



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las dieciocho con tres. horas del día 14 de enero del año dos mil veintidos, reunidos a través de Gmeet meet.google.com/nav-kxop-cuo, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**; y en calidad de Asesor, el **Dr. OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS CONSTITUCIONALES Y JURÍDICO PENAL QUE GENERA LA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO DE DERECHO EN EL PERÚ**; presentada por la Maestro en Derecho Penal y Criminología **LIDIA ELVIRA ALBÁN ZAPATA**.

Realizada la exposición de la tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó aprobar con la calificación de CATORCE la mencionada tesis; en tal virtud, la Maestro en Derecho Penal y Criminología **LIDIA ELVIRA ALBÁN ZAPATA**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las diecinueve con treinta y dos horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Omar Nathanael Alvarez Villanueva
Asesor

.....
Dra. Maria Isabel Pimentel Tello
Presidente-Jurado Evaluador

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

A:

Dedico mi tesis doctoral a Dios por su profundo amor por mí, a mi amado esposo Jesús, a mi amada hija Fátima Olenka, a mis amados padres, Julia y Humberto, a mi hermano mayor Víctor, por todo el amor y apoyo que me dieron para poder hacer realidad este esfuerzo.

AGRADECIMIENTO

Gracias a la Universidad Nacional de Cajamarca, que nos brindó una buena formación académica en los estudios del Doctorado en Derecho y a mi alma mater Universidad Nacional Mayor de San Marcos en donde también fui feliz estudiando la profesión que desde niña elegí, Derecho.

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTO	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
LISTA DE ABREVIATURAS	xi
GLOSARIO	xii
RESUMEN	xiv
ABSTRACT	xvi
INTRODUCCIÓN	xviii
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1.1. Contextualización o Problemática	1
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	9
1.4. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	10
1.5. HIPÓTESIS	12
1.6. OBJETIVOS	13
1.6.1. Objetivo general.....	13
1.6.2. Objetivos específicos.....	13
1.7. METODOLOGÍA.....	13
1.7.1. Ámbito de la Investigación.....	13
1.8. TIPO DE INVESTIGACIÓN	14
1.8.1. Acorde al fin perseguido	14
1.8.2. Acorde al diseño de investigación	14
1.8.3. De acuerdo al método y los procedimientos que se utilizan	16
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	16
1.9.1. Genéricos	16
1.9.2. Propios del Derecho	17
1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	19
1.10.1 Técnicas	19

1.10.2. Instrumentos	20
1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN	21
CAPÍTULO II.....	23
MARCO TEÓRICO	23
2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO.....	23
2.1.1. Naturaleza del derecho desde la ius-filosofía	23
2.2. NEOCONSTITUCIONALISMO.....	31
A. Características del neoconstitucionalismo.....	33
2.3. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	34
A. Elementos del Estado constitucional.....	36
B. Estado constitucional de derecho y democracia	37
2.4. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	38
A. Ambigüedades de la interpretación jurídica.....	38
B. Objeto de la interpretación jurídica.....	39
C. Teorías de interpretación jurídica	41
2.5. TEORÍA DEL DELITO.....	45
A. Teorías que explican el delito.....	45
B. Teoría del delito y sus elementos.....	48
2.6. DERECHOS FUNDAMENTALES.....	53
A. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO CONSTITUCIONAL	55
B. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	57
2.7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES OBJETO DE ESTUDIO	59
2.7.1. POTESTAD DE CONTROL DIFUSO – TEORÍA DEL CONTROL	
CONSTITUCION	59
2.7.2. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA	
JURISDICCIONAL	65
2.7.3. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO PENAL	
.....	79
2.8. EL DELITO DE PREVARICATO DE DERECHO.....	87
A. Evolución histórica del delito	87
B. Análisis dogmático del delito de Prevaricato de Derecho.....	90

CAPITULO III.....	94
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	94
3.1. INCOMPATIBILIDAD DEL DELITO DE PREVARICATO DE DERECHO CON LA MATERIALIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	95
3.1.1. APLICACIÓN DEL PREVARICATO DE DERECHO EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO.....	98
3.1.2. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA NECESARIA PARA UN ESTADO CONSTITUCIONAL.....	102
3.1.3. INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL EN CONTRAPOSICIÓN AL USO DEL TÉRMINO “TEXTO CLARO Y EXPRESO DE LA LEY” EN EL PREVARICATO DE DERECHO	105
3.2. DE LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL	108
3.2.1. PREVARICATO Y LÍMITES DE INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL	108
3.2.2. INTERPRETACIÓN JURÍDICA, PREVARICATO DE DERECHO E INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL	110
3.2.3. PREVARICATO DE DERECHO COMO IMPEDIMIENTO DE LOS DEBERES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.....	112
3.2.4. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL.....	113
3.3. DE LA TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO MÍNIMA INTERVENCIÓN.....	115
3.3.1. MÍNIMA INTERVENCIÓN Y PREVARICATO DE DERECHO.....	117
3.3.2. TEORÍA DEL DELITO COMO FUNDAMENTO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN EN EL DELITO DE PREVARICATO DE DERECHO	122
3.4. DE LA LIMITACIÓN IRRAZONABLE DE LA FACULTAD DE CONTROL DIFUSO.....	123
3.4.1. Interpretación Jurídica y Control Difuso de Constitucionalidad frente al Prevaricato de Derecho.....	124
3.4.2. Límites a la Potestad de Control Difuso frente a la comisión de Prevaricato de Derecho.....	126

3.4.3. De la Potestad de Control Difuso y la protección de derechos fundamentales.....	131
3.5. IDEAS APLICABLES A LA AFECTACIÓN DE TODOS LOS PRINCIPIOS ESTUDIADOS.....	133
3.6. MANIFESTACIONES ENCONTRADAS DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE PREVARICATO DE DERECHO Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE	136
CAPITULO IV	140
PROPUESTA LEGISLATIVA	140
1. TÍTULO	140
1.1. Tipo.....	140
2. PARTE INTRODUCTIVA	140
2.1. Antecedentes.....	141
3. PARTE SUSTENTATORIA.....	144
3.1. Exposición de Motivos	144
3.2. Análisis Costo-Beneficio	154
3.3. Efecto de la vigencia de la norma en nuestra legislación nacional ...	154
4. PARTE RESOLUTIVA	155
CONCLUSIONES	156
RECOMENDACIONES	158
LISTA DE REFERENCIAS	159
REVISTAS IMPRESAS.....	161
REVISTAS ONLINE	161
SENTENCIAS Y CASOS JUDICIALES.....	162
SITIOS WEB Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.....	162

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. = Artículo

CIDH = Corte Interamericana de Derechos Humanos

C.P.C. = Código Procesal Constitucional

C.P. = Código Penal

C.P.P. = Código Procesal Penal

C.S.P. = Corte Suprema del Perú.

C.S.C. = Corte Superior de Cajamarca.

Exp. = Expediente.

Sent. = Sentencia.

P.J. = Poder Judicial.

M.P. = Ministerio Público.

N.º = Número.

T.C. = Tribunal Constitucional.

GLOSARIO

1. **Autonomía jurisdiccional.** - Principio de la función jurisdiccional que se desenvuelve en dos dimensiones, dimensión institucional (autonomía frente a otros poderes y órganos del Estado) y dimensión funcional (independencia y autonomía en el ejercicio de la función dentro de los límites de proporcionalidad, y respecto del sistema jurídico.)
2. **Control de constitucionalidad.** - Potestad de los Estados para identificar si una norma legal es concordante y respetuosa de la Constitución y sus principios, ya sea en un caso particular, (control difuso) o en general, de modo abstracto (control concentrado).
3. **Estado Constitucional de Derecho.** - Modelo de Estado donde se abandona la primacía de la legalidad para pasar a la primacía de la Constitución, y sus principios, convirtiendo a la Constitución en una norma viva y de aplicación directa.
4. **Estado Legal de Derecho.** - Modelo de Estado en el cual el criterio fundamental es la legalidad, y se permite al privado toda acción y tanto no exista una ley positivizada que lo prohíba.
5. **Interpretación Constructiva.** - Tipo de interpretación jurídica que se identifica con el uso del sistema jurídico en su conjunto, tanto normas positivizadas, como principios deducibles, para construir la solución que el derecho brinda ante una situación problemática con implicancias jurídicas.
6. **Interpretación jurídica.** - Proceso mental lógico y ordenado que busca descifrar el sentido de una norma jurídica, o del sistema jurídico en su conjunto, utilizando métodos y técnicas, de acuerdo a la situación particular donde se requiera.

7. **Mínima Intervención.** - Principio del derecho penal que se divide en dos expresiones, fragmentariedad (aplicación únicamente cuando las demás ramas del derecho fallan) y *ultima ratio* (aplicación únicamente en los casos de afectación más graves de los bienes jurídicos).
8. **Naturalismo jurídico.** - Corriente ius filosófica del derecho que entiende al derecho como aquella norma proveniente de una entidad superior, o propia de la naturaleza humana anterior a cualquier estado u ordenamiento jurídico.
9. **Neoconstitucionalismo.** - Fenómeno de evolución de modelo de Estado que deja atrás la primacía de la ley, y coloca a la Constitución como norma primordial que inspira al sistema jurídico, y es de aplicación inmediata.
10. **Positivismo jurídico.** - Corriente ius filosófica del derecho que entiende al derecho como aquella norma positivizada (o deducible de la norma positivizada) y que obtiene legitimidad por jerarquización, legitimidad del legislador, y respeto del procedimiento para su promulgación.
11. **Prevaricato.** - Delito cometido por Magistrados al apartarse del texto legal, al ignorar o crear hechos en el proceso, o utilizar normas derogadas o inexistentes para resolver una situación puesta a su juicio.

RESUMEN

En esta investigación, la pregunta que planteamos fue: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas constitucionales y jurídico penal que genera aplicar el tipo penal de prevaricato de derecho en el Perú?, siendo la hipótesis: las principales consecuencias jurídicas que genera la aplicación del tipo penal de prevaricato de derecho, son: Consecuencias jurídicas constitucionales: a) La afectación a la autonomía jurisdiccional y la autonomía fiscal b) Limitación irrazonable a la potestad de los Jueces y Fiscales de ejercer el control difuso de la Constitución. Consecuencia jurídico penal: c) La transgresión al principio de mínima intervención del Derecho Penal

Para el desarrollo del presente trabajo se adoptó el método dogmático, desde un enfoque cualitativo, razón por la cual, nos adscribimos a la teoría ius-positiva del derecho, donde la validez de las normas jurídicas se funda en criterios internos de lógica interna, como su grado de jerarquía.

También, se realiza un análisis del tipo penal de prevaricato en su modalidad de prevaricato de derecho, desde la óptica de la teoría del delito, con la finalidad de descubrir los criterios mínimos para su existencia, y posteriormente verificar su cumplimiento con los resultados obtenidos del análisis propio de los principios constitucionales y penales que establecimos como objeto de estudio.

En el capítulo de Contrastación, presentamos el discurso dogmático, donde se presentan los resultados del análisis realizado a lo largo de todo este trabajo; primero desde un aspecto general, para luego separar el análisis en tres subsecciones, una para cada principio, y averiguar si se verifica la vulneración investigada.

Finalmente, se hace una breve explicación de las medidas que serían necesarias ante las conclusiones arribadas; es decir, la posibilidad de una modificación del texto legal que contiene el tipo penal de prevaricato de derecho, de modo que se frene con la posible vulneración de los principios constitucionales y vulneración a un principio jurídico penal principalmente; que fue la problemática identificada con la que inició todo este camino que seguimos a lo largo de estas páginas.

PALABRAS CLAVE

Prevaricato de Derecho. Independencia Jurisdiccional. Control Difuso de Constitucionalidad. Mínima Intervención del Derecho Penal. Estado Constitucional de Derecho. Interpretación Jurídica. Teoría del Delito.

ABSTRACT

In this thesis, the question we started with, was what are the legal, constitutional and criminal legal consequences of applying the prevaricate of law in Peru? The hypothesis was: "The constitutional and legal consequences generated by the application of the prevaricate of law are: a) The transgression of judicial jurisdictional autonomy and fiscal autonomy b) The transgression of the principle of minimal intervention of Criminal Law c) The transgression to the power of judges and prosecutors to exercise diffuse control of the Constitution".

The research methods used have been the dogmatic and legal teleology, which allowed interpretation through specific objectives.

For the development of this work, the dogmatic method was adopted, from a qualitative approach, which is why we ascribe to the ius-positive theory of law, where the validity of legal norms is based in an internal logic, such as their degree of hierarchy.

Also, an analysis of the criminal type of prevarication of law is, from the perspective of the theory of crime, in order to discover the minimum criteria for its existence, and later verify its compliance with the results obtained from own analysis of the constitutional and criminal principles that we established as an object of study.

In the Contrasting chapter, we present the dogmatic discourse, where the results of the analysis carried out throughout this work are presented; first from a general aspect, to later separate the analysis into three subsections, one for each principle, and find out if the violation investigated is verified.

Finally, a brief explanation is made of the measures that would be necessary in light of the conclusions reached; that is, the possibility of modifying the legal text that contains the prevaricate of law, so that it stops with the possible violation of the constitutional and criminal legal principles; which was the problem identified through all these pages.

KEY WORDS

Prevaricate of law. Jurisdictional Independence. Fuzzy Control of Constitutionality. Minimum Intervention of Criminal Law. Constitutional State of Law. Legal Interpretation. Crime Theory.

INTRODUCCIÓN

Los Estados modernos deben partir de ideas fundamentales que aseguren condiciones mínimas de existencia y desarrollo de las sociedades, con una búsqueda de justicia, que si bien, es un ideal imposible de alcanzar, deberá ser un norte que ilumine la toma de decisiones políticas y legales, adoptadas por los representantes de los Estados, además de la búsqueda de la paz y la protección de los derechos fundamentales. Tales ideas fundamentales, por lógica, deben ser resistentes ante cualquier situación que pueda significar un riesgo de vulneración; es así que, las Constituciones, son cuerpos normativos que se crean con la finalidad de concentrar tales ideas fundamentales necesarias para la subsistencia de los Estados, de este modo empezamos a vislumbrar la génesis de conceptos como la jerarquía de las normas, donde aquellas de rango constitucional deberán prevalecer antes las demás, justamente porque sin ellas, los Estados se deforman y, en los casos más graves, se colapsan sobre sí mismos.

A pesar de este panorama, es indiscutible, que los sistemas, como toda creación humana tienen posibilidad de fallar, generando panoramas donde una norma jurídica legal se contraponga a una o más normas del bloque de constitucionalidad; incluso no como una mera falta de compatibilidad, sino en casos más graves, llegando a significar una amenaza contra ellos; evidentemente, son este segundo tipo de situaciones las que conllevan mayor grado de peligrosidad contra la vida jurídica del Estado Constitucional.

Además, en los Estados Constitucionales de Derecho, una de las principales garantías es la garantía del acceso a la justicia y el debido proceso, es así que, para lograr la materialización de estas garantías, el papel que juegan los Magistrados,

Jueces y Fiscales, toma un gran nivel de importancia, pues son justamente ellos quienes se enfrentan día a día a tal labor, que, además, conlleva una fuerte importancia en la protección de los derechos fundamentales, tal es así que se necesita brindar a estos Magistrados de las condiciones y herramientas necesarias para realizar su labor del mejor modo posible, con independencia, y sin limitaciones irrazonables en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, en nuestra legislación nacional, específicamente en el artículo 418 del Código Penal, se halla contenido, el delito de prevaricato, entre cuyas modalidades se aprecia el prevaricato de derecho, en el cual se establece una pena para el apartamiento del “texto claro y expreso de la ley”; la utilización de la expresión “texto claro y expreso de la ley” se hace imposible de mantener en un ordenamiento jurídico Constitucional, pues, una interpretación cognitiva clásica (interpretación que busca encontrar el sentido expreso que el legislador introdujo en la ley) no es suficiente, ni respeta el Constitucionalismo, mientras la interpretación constructivista, por parte de los Magistrados, sí se puede utilizar como un tipo de interpretación que asegure el respeto de los preceptos de la Constitución en sociedades en permanente evolución, en las que, la intención del legislador, que pudo ser suficiente en la época en que fue positivizada, requiere de un elemento de actualización; que correspondería al Juez, quien, como parte de la sociedad actual, se ve influido ineludiblemente por el lugar, época y cosmovisión propia de su época, pero partiendo de los preceptos constitucionales, por medio de la argumentación jurídica, y la interpretación dianoética (del sistema jurídico en conjunto), que le permitan construir el sentido actual y más adecuado de la norma, para el momento y el ámbito específico donde se requiere encontrar la solución a la causa puesta a su consideración.

Entonces, el haber establecido legalmente, la expresión “texto expreso y claro de la ley”, y, sobre todo, el exigir, bajo amenaza de pena, a los Magistrados, que se rijan por dicho “texto expreso y claro de la ley”, los remite a la obligación de aplicar criterios de interpretación cognitiva clásica (noética), que son justamente los que consideran la existencia de un texto claro y expreso de la ley, establecido por el legislador, donde el Juez no tiene ningún grado de discrecionalidad, y se constituyen como meros aplicadores mecánicos de la voluntad legislativa, panorama que no es compatible con el elemento de actualización constante (lugar, tiempo y cosmovisión de la sociedad), y por tanto no permite una Constitución viva.

El delito de prevaricato, específicamente en su modalidad de prevaricato de derecho, se puede identificar como una amenaza a la consecución del Estado Constitucional de Derecho, al afectar características fundamentales de este tipo de Estados, como son la rigidez constitucionales, garantía de control de constitucional, y la sobreinterpretación constitucional; además de afectar principios constitucionales, como la autonomía/independencia jurisdiccional, facultad de control difuso, y el principio penal de mínima intervención.

Que el delito de prevaricato de derecho genere una afectación a principios constitucionales no se puede interpretar como un problema de poca importancia; sobre todo y refuerza la división porque los principios que se ven afectados son criterios fundamentales de la aplicación del derecho penal, primero, la autonomía jurisdiccional, es una de las garantías del debido proceso, y refuerza la División de poderes o facultades que es de gran importancia en los Estados Democráticos; segundo, la limitación de la potestad de control difuso genera escenarios de desprotección de derechos fundamentales, que, si bien son situaciones excepcionales, al considerar la enorme cantidad de Magistrados que desarrollan

funciones en nuestro territorio nacional, va acumulando una considerable cantidad de supuestos de desprotección; y tercero, la transgresión de un principio del derecho penal tan fundamental como el de mínima intervención, transforma al derecho penal en un arma peligrosa que puede posibilitar a los detentadores del poder romper los límites que la Constitución les impone, resquebrajando la protección que la Constitución significa, en situaciones normales, para los ciudadanos.

De este modo, en las siguientes páginas se encuentra condensado el camino recorrido desde la identificación de esta problemática, pasando por la acumulación y tratamiento de información necesaria para esclarecer los límites de la investigación, la búsqueda de conocimientos teóricos y conceptuales necesarios para construir las premisas lógicas necesarias para la obtención de un resultado caracterizado por la lógica; y la contrastación en sí misma de las ideas planteadas; para finalmente emitir un juicio de valor respecto a si es verdad que el delito de prevaricato en su modalidad de prevaricato de derecho es una norma que genera una grave afectación a determinados principios constitucionales y a un principio penal principalmente.

Finalmente, se presenta una propuesta de derogación del prevaricato de derecho (lo que se traduce como una modificación de nuestro actual artículo que lo contempla) contenido en el artículo 418 de Código Penal, recalcando que no se habla de abrogación, porque no se pretende eliminar los tipos de prevaricato de hecho ni de prevaricato por insubsistencia normativa; centrando el análisis del presente trabajo, únicamente en el prevaricato de derecho.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización o Problemática

Si queremos hablar de un tema relacionado al derecho penal en nuestro país, en primer momento, se hará necesario que nos remitamos a la propia norma que lo rige, es decir, al Código Penal de 1991; este código nació bajo la influencia de las teorías garantistas, aunque, lamentablemente su promulgación mediante un Decreto Legislativo no siguió el principio constitucional de reserva de ley. En este código, si nos remitimos a la sección correspondiente de los Delitos contra la Administración Pública, podemos encontrar al delito de prevaricato, en su artículo 418 que señala lo siguiente:

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

Tal como era de esperarse, este delito fue objeto de interpretación y tratamiento de la doctrina, y es ésta, la que ha encontrado dentro de este texto legal a algunas modalidades de prevaricato, tales como la de prevaricato de derecho, prevaricato de hecho y prevaricato por insubsistencia normativa. Para que ocurra la primera, de la que nos ocuparemos en adelante, el Juez o Fiscal tienen que dictar, ya sea una resolución o un dictamen que sean contrarios, de forma “manifiesta”, al “texto expreso y claro de la ley”. Esta redacción del Código hace recordar

a la época de Napoleón, en donde se creía que los Códigos eran redactados con tal claridad que no necesitaban de interpretación alguna y que el Juez solo era boca de la ley, para ello, Napoleón mismo tuvo que asegurarse de su sencillez y claridad (Ramos Núñez, 1995).

Sin embargo, en la realidad resulta sumamente difícil de entender qué cosa es el “texto expreso y claro de la ley”, pues la ley no puede interpretarse únicamente de forma exegética como se creía en aquella época, cada ley existente forma parte de un conjunto interrelacionado de leyes y otras normas, siendo la labor del jurista, en este caso de los Jueces y Fiscales, darle coherencia dentro un sistema jurídico. Con ello, cada caso en particular, está conectado a un tipo y cantidad distinta de normas jurídicas, por lo que la interpretación sistemática de la ley, para cada caso, se verá afectada por dicha interrelación específica.

Además de lo señalado anteriormente, en la actualidad los Jueces tienen la facultad de ejercer el llamado control difuso de la Constitución; es decir, mediante interpretación, ellos pueden decidir, cuándo apartarse de ciertas prescripciones legales por considerarlas inconstitucionales en el caso específico en que se aplicará. Esto, enmarcado bajo corrientes de pensamiento de filosofía del derecho, se ha llamado la teoría postpositivista, en donde, el rol del Juez, como dice Zagrebelsky, tiene una gran importancia, por la responsabilidad que soporta en los casos concretos, cosa que los legisladores no conocen, pero, aun así, eso no significa que los jueces, determinen el derecho, sino que su papel, es el de ser garantes del cumplimiento de lo que las normas constitucionales

establecen, es un sistema que puede interrelacionar el derecho y la justicia, representada en los derechos fundamentales de los ciudadanos, el autor, además, nos dice que el derecho no pertenece a nadie, por más título que posea, sino que debe ser un objeto de cuidado para todos. (Zagrebelsky, 2009).

De momento, nos damos cuenta cómo se va vislumbrando que esta potestad de control difuso, también aparece como una contradicción a la prohibición establecida por el tipo penal denominado como prevaricato de derecho; así, la aplicación de este delito generaría consecuencias en nuestro Sistema Jurídico, debido a su incompatibilidad con algunos principios constitucionales y penales; lo que, desde cualquier punto de vista, es una situación problemática; situación, que requiere ser estudiada.

Podemos decir, además, que la problemática advertida, contempla un problema de unidad del Derecho, teoría que conforme a Bobbio (2015), está relacionada en sus orígenes con la jerarquización normativa, en consecuencia, nos hacemos referencia al tema del positivismo jurídico; que no debemos entenderlo desde una única perspectiva, sino que contempla tres aspectos (los cuales no guardan una dependencia sucesiva y tampoco existen en ellas una implicación recíproca); 1) Como método de acercamiento al conocimiento del derecho; 2) Como teoría del derecho; 3) Como ideología en la búsqueda del ideal de justicia.

Un análisis de la problemática advertida al confrontar una norma penal, con una constitucional, requiere partir del axioma de la norma fundamental, aceptándola como válida; y, en consecuencia, aceptando que aquellas normas que provienen de ella, son de por sí válidas; así pues, analizaremos el derecho desde la propia validez del derecho, respetando su jerarquía establecida y sus principios; por ello debe ser abordado, tanto desde la disciplina del derecho penal, como del derecho constitucional; primero, desde el derecho penal porque vamos a estudiar dogmáticamente el delito seleccionado, haciendo un análisis de tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal para conocer sus fundamentos y determinar el modo en que es aplicado.

Además, se requiere un análisis de jerarquía constitucional, porque estudiaremos la posible confrontación entre la norma legal y la Constitución; al respecto, Carlos Santiago Nino (1994) en su obra *Introducción al análisis del derecho*, señala: “Se puede decir que una norma es superior a otra cuando de haber conflicto entre ellas, se consideraría válida la primera, no la segunda” (p. 15).

Siendo así, nos avocamos a la tarea de determinar si entre el tipo penal de Prevaricato de Derecho y la Constitución existe este conflicto, sabiendo ya cuál de las dos normas prevalecería en caso de advertir un conflicto.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Tengamos claro lo que el legislador ha establecido en el Artículo 418 del Código

Penal:

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

Para empezar, al respecto de la acción típica, se ha dispuesto expresamente las formas en que se puede presentar las distintas modalidades prevaricadoras, las que pueden existir independientemente, unas de otras. Así tenemos el “prevaricato de derecho”, que aparece cuando una resolución o dictamen, es manifiestamente contraria al “texto expreso y claro de la ley”; luego, el “prevaricato de hecho y por introducción de pruebas inexistentes” que aparece cuando el Magistrado, hace referencia a hechos falseados , inexistentes para fundamentar su resolución; y, finalmente, la “prevaricación por insubsistencia normativa”, se puede identificar cuando el Magistrado fundamenta su decisión en normas legales inexistentes, o que ya han sido derogadas.

Nuestra investigación se ocupó del delito de Prevaricato de Derecho, el mismo que consideramos, entra en conflicto con principios constitucionales y con un principio jurídico-penal, principalmente, pues, la nueva realidad jurídica, que ha sido impuesta por el actual modelo de Estado Constitucional de Derecho, obliga a replantear la Teoría que sirve de base al injusto del delito de prevaricato de derecho para no configurarlo, porque vulnera los valores y principios constitucionales que determinan este modelo de Estado. Los principios que se verían afectados, serían:

Jurídicos Constitucionales:

A.- La independencia/autonomía de Jueces y Fiscales, ya que, el prevaricato de derecho, estaría limitando en su actuación, a los Magistrados, sometiéndolos a la expresión de la voluntad del legislador (por medio del “texto claro y expreso de la ley”).

B.- La potestad jurisdiccional para aplicar control difuso, ello pues el Juez y el Fiscal, a pesar de tener la potestad de inaplicar una norma legal contraria a la Constitución a fin de contribuir con la preservación de la supremacía constitucional, no lo hacen debido a que podrían ser denunciados por delito de prevaricato de derecho.

Como ejemplo citemos a la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia” (2018), y su Resolución N.º 273 – 2018 Huánuco, donde se declara nula la Sentencia expedida por la Sala Penal (Corte superior de Huánuco), que condenaba al imputado Godofredo Loli por prevaricato, al haber, en su posición de Juez, declarado fundado un amparo inaplicando determinadas resoluciones, y reformándola lo absuelve, con fundamento en que el artículo uno de nuestro Código Procesal Constitucional admite pluralidad de interpretaciones, debido a que el procesado en su resolución, pese a dejar de lado determinados dispositivos normativos, sí, expresó puntualmente las razones para ello; con tal caso apreciamos que la potestad de los magistrados para aplicar control difuso, puede servir perfectamente para salvaguardar derechos que determinada ley vulnera, pero que luego de todas las consecuencias que el magistrado Loli Rodríguez sufrió a causa de tal potestad, difícilmente volverá a ejercerla.

Jurídico Penal:

C.- El Principio de Mínima Intervención, el cual se expresa en dos dimensiones, la primera de ellas, la subsidiariedad (llamada también como *ultima ratio*) y la segunda de ellas, la fragmentariedad; el primero de ellos, significa que la facultad de aplicar el poder penal, solo deberá ser utilizada y puesta en marcha cuando otras ramas jurídicas no hayan logrado realizar un adecuado control de la conducta que atenta contra el ordenamiento jurídico; en cuanto al segundo aspecto, es decir, la fragmentariedad, expresa que un Derecho penal adecuado, no va a castigar absolutamente todas las acciones que atenten contra un bien jurídico, sino que únicamente, protegerá determinados bienes jurídicos esenciales para el normal desarrollo de la sociedad y además, únicamente, ante cierto tipo de ataques que posean un elevado grado de reprochabilidad; al ser considerada como un arma peligrosa, incluso para quien la utiliza (el Estado).

Para ilustrar ello, remitámonos a la Apelación N.º 09-2017 Sullana expedida por la Sala Penal Permanente, aquí se aprecia como el imputado Christian Landívar, es condenado por prevaricato por sentencia expedida por la Sala Penal Especial de Sullana a treinta y seis meses de prisión suspendida, pues éste, como Juez de Paz Letrado de Sullana, emitió una Resolución aparentemente prevaricadora, al ordenar mediante Resolución Cinco a la Dirección de Pesquería que realice una modificación en la titularidad de derechos, facultad que de acuerdo al art. 44 de la “Ley General de Pesca” corresponde exclusivamente al “Ministerio de la Producción”; como apreciamos, esta contravención al referido art. 44, no ameritaba un tratamiento del derecho penal por cuanto era suficiente una sanción administrativa, medida,

a todas luces, menos lesiva para los derechos del procesado e igualmente satisfactoria.

Tal escenario se repite también en la resolución pronunciada por la “Sala Penal Permanente - Corte Suprema de Justicia” (2019), Recurso de Apelación N.º 6-2018 Ayacucho, donde se ordena un nuevo juicio oral para dictar Sentencia contra el Juez Valdivia Acevedo por haber contravenido el art. 826 - Código Civil, al haber emitido Sentencia que declaró fundada la solicitud de inscripción de partida de nacimiento cuando el referido artículo establece que tal potestad se rige por la “Ley de la materia”.

Por lo tanto, no es adecuado que el legislador, promulgue leyes penales con la finalidad de tutelar cualquier tipo de afectación de bienes jurídicos, sino que, deberá hacerlo únicamente para aquellos indispensables para el normal funcionamiento y desarrollo de las sociedades; y tampoco ante cualquier violación de estos bienes jurídicos indispensables, sino que exclusivamente para aquellas violaciones más graves.

Nos enfrentamos entonces ante una problemática que puede dividirse en tres grandes bloques:

- a. Primer bloque, donde se hizo necesario investigar las consecuencias de aplicar el tipo de prevaricato en su modalidad de derecho respecto al principio constitucional de autonomía de Magistrados, por cuanto un análisis de los textos normativos que los contienen, han arrojado una aparente incompatibilidad, por cuanto el primero de ellos restringe al segundo.

- b. Segundo bloque, donde fue necesario investigar las consecuencias de aplicar el tipo penal de prevaricato de derecho para la potestad de control difuso de la que gozan Jueces y Fiscales, ya que, este delito constituye una prohibición para que los Jueces y Fiscales puedan aplicar control constitucional difuso, generando desprotección a los derechos fundamentales en los casos que requieren la necesidad de control difuso.
- c. Tercer bloque, donde se hizo necesario investigar las consecuencias que genera, aplicar el delito de prevaricato en la modalidad de prevaricato de derecho, respecto del Principio de “mínima intervención del derecho penal”; debido a que el prevaricato de derecho, impone una prohibición a los Jueces de actuar en contra de la ley, prohibición que de por sí, es inherente a la calidad de Juez o Fiscal, y porque en muchas ocasiones, una Resolución o Dictamen, a pesar de contravenir una ley, no genera perjuicio significativo a los bienes jurídicos.

Estos tres bloques darían cuenta a su vez, de que el delito de prevaricato de derecho, es un impedimento para llegar a un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las principales consecuencias jurídico constitucionales y jurídico penal que genera la aplicación del tipo penal de prevaricato de derecho en el Perú?

1.4. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La presente investigación se encuentra justificada por cuanto cubre un vacío existente en la doctrina y en la jurisprudencia respecto a las principales consecuencias de aplicar el tipo penal de prevaricato de derecho para los principios constitucionales y penales; justificación que adquiere aún más respaldo, pues nuestro tema no ha sido estudiado previamente del modo como lo estamos planteando; es decir, desde la vulneración de principios constitucionales.

Recordemos que el Código Penal, ya específicamente al respecto del delito de Prevaricato de Derecho señala: “El Juez o el Fiscal que a sabiendas dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto claro y expreso de la ley...”. Ante esta expresión nos preguntamos ¿todo texto legal es claro y expreso?, Para responder a ello recurramos al autor Víctor Jimmy Arbulú Martínez, en su obra “El delito de Prevaricato de Jueces y Fiscales”, establece que “por el solo hecho de existir una manifiesta relación entre diversas fuentes de derecho y su naturaleza propiamente lingüística, plantea ya serios problemas respecto a la comprensión de las normas legales positivas y su posterior comunicación entre operadores jurídicos”; luego, manifiesta que la decisión consciente de un caso jurídico en contra del “texto expreso y claro de la ley” sería un comportamiento absurdamente evidente (Arbulú Martínez, 2011).

En consecuencia, la respuesta que podemos dar a la pregunta planteada previamente, sería que no, en razón a que es ineludible realizar una actividad de interpretación en todos los casos, actividad que se compone de un conjunto

ordenado de niveles y procedimientos complejos, tan complejos que han generado una imposibilidad de llegar a una interpretación unánime, es ante esta imposibilidad de establecer un proceso de interpretación única, que los Magistrados tienen que cumplir con fundamentar las resoluciones y dictámenes, respectivamente; sin embargo, tal fundamentación generalmente se refiere a por qué aplican determinadas leyes, mas no a por qué no las aplican, esto último, debido a que por la configuración del tipo penal de prevaricato de derecho, es mucho más fácil de ser aplicado en este último caso y tal amenaza de punición limitaría a Jueces y Fiscales para desarrollar sus potestades.

En resumen, la presente investigación encontró justificación en la necesidad actual de romper esta limitación aparentemente inconstitucional, obteniendo un conocimiento dogmático respecto al conflicto señalado, mismo que permite ser un aporte que, aunado a los esfuerzos de otros profesionales del derecho, logre la modificación del tipo penal de prevaricato, derogando la modalidad de prevaricato de derecho.

La justificación previamente señalada puede también dividirse de la siguiente manera:

- a. Justificación Científica/Teórica. Con la presente investigación se busca generar debate frente al tema de los perjuicios que el delito de Prevaricato de Derecho ocasiona a los principios Constitucionales y penales, más aún cuando las leyes penales, en este caso el artículo 418 del Código Penal son de carácter generalizado y por tanto su cuestionamiento también lo es.

- b. Justificación Práctica. Ello por cuanto la presente investigación tiene como objeto a una ley penal que es de aplicación real y práctica en la realidad jurídica diaria de los Juzgados y Fiscalías del país, por lo que los resultados obtenidos al respecto, también mantienen aplicación práctica.
- c. Justificación Metodológica. La presente investigación tiene justificación metodológica, pues se desarrolla desde un nuevo enfoque, ello por cuanto los trabajos anteriores al respecto, han sido presentados bajo el paradigma del positivismo jurídico y no cuestionan la normatividad existente, algo que sí se hace en la presente tesis, al brindar un enfoque de Neoconstitucionalismo a la interpretación y cuestionamiento de este tipo penal, generando con ello un antecedente útil para todas las próximas investigaciones que decidan adoptar este enfoque.

1.5. HIPÓTESIS

Las principales consecuencias jurídicas que genera la aplicación del tipo penal de prevaricato de derecho, son:

Consecuencias jurídicas Constitucionales:

- A.** La afectación de la autonomía jurisdiccional y la autonomía fiscal en el ejercicio de sus funciones.
- B.** La limitación irrazonable a la potestad de los Jueces y Fiscales para ejercer el control difuso.

Consecuencia jurídico penal:

- C.** La transgresión al Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. Objetivo general

Identificar cuáles son las principales consecuencias jurídicas constitucionales y jurídico penal de aplicar el tipo penal de prevaricato de derecho en el Perú.

1.6.2. Objetivos específicos

- A.** Determinar si la aplicación del tipo penal de prevaricato de derecho en el Perú genera una afectación a la autonomía Jurisdiccional y autonomía Fiscal en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente atribuidas.
- B.** Explicar la aplicación del tipo penal de prevaricato de derecho en el Perú y sus implicancias en la limitación irrazonable de la potestad de los Jueces y Fiscales de ejercer el control difuso.
- C.** Establecer la relación entre la aplicación del tipo penal de prevaricato de derecho en el Perú y la transgresión del Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal.
- D.** Proponer la modificación de la ley penal del tipo de prevaricato, derogando la modalidad de prevaricato de derecho.

1.7. METODOLOGÍA

1.7.1. Ámbito de la Investigación

A. Espacial

La delimitación geográfica está dada por el ámbito de aplicación de la Ley Penal, es decir, tiene connotación en el ámbito nacional.

B. Temporal

Debido a que nos encontramos ante una investigación de tipo dogmático en la que no se utilizará muestra, no existe ámbito temporal dentro del cual se desarrollará la investigación.

1.8. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Acorde al fin perseguido

A. Básica

La investigación de tipo básico, es aquella que tiene la finalidad de acrecentar el conocimiento jurídico de tipo dogmático sobre una cuestión (mediante la hipótesis debidamente demostrada). Si bien es cierto, en muy pocas oportunidades también se puede intentar una aplicación real de las conclusiones obtenidas, aunque eso es realmente difícil, al incluir factores que están fuera del control del investigador (como un proyecto de norma legal, que requiere voluntad legislativa, un monto presupuestario, entre otros factores). En conclusión, la investigación es básica pues pretende generar un nuevo conocimiento que esclarezca la posible existencia de una situación problemática en la aplicación del prevaricato de derecho.

1.8.2. Acorde al diseño de investigación

A. Descriptiva

Dado a que, en una investigación descriptiva si luego de la identificación del problema de investigación, y al generar una hipótesis adecuada, delimitaremos las características y modos de actuación de

los factores que influyen en tal situación identificada, es decir, no podemos resolver la situación, sin antes describir su realidad jurídica. En consecuencia, la presente investigación es descriptiva porque se va a presentar una visión de cómo se encuentra legislado el prevaricato de derecho y la regulación de las facultades constitucionales que tienen los Jueces, para proponer la derogatoria del delito de prevaricato de derecho.

B. Explicativa

Como investigación explicativa, en la presente investigación también se procedió a brindar un panorama del modo en que se desarrolla la problemática encontrada y cómo se expresa en la vida jurídica de nuestro Estado, además de cómo llega a generar consecuencias negativas en el ejercicio de la labor de los Jueces y Fiscales.

C. Propositiva

Una investigación propositiva es aquella que se encarga de establecer el cómo debería ser una situación mediante la modificación de las condiciones existentes en el presente, en el caso específico del derecho, mediante la proposición de una ley. La Tesis Doctoral en Derecho tiene que llegar al nivel de ser propositiva, ya que la finalidad principal de realizar este tipo de investigación, es la propuesta de solución, que se puede presentar, por ejemplo, en un proyecto de reforma de ley, o modelo de actuación en casos similares. En consecuencia, la presente investigación es propositiva pues se va a proponer la derogatoria del delito de prevaricato de derecho.

1.8.3. De acuerdo al método y los procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

En este tipo de enfoque se utiliza la técnica de recolección de datos y análisis de los mismos, sin preocuparse demasiado de su cuantificación; también realizaremos observación y descripción de los fenómenos, se realizan sin dar mucho énfasis a la medición. Las preguntas e hipótesis surgen como consecuencia lógica de la tarea de investigar, no necesariamente al principio. El propósito de esta investigación, es la reconstrucción, interpretación y descubrimiento de la realidad estudiada, entonces no se requerirá de la verificación científica sino de la comprensión, la interpretación o la hermenéutica. La presente investigación es cualitativa por cuanto será una investigación netamente doctrinaria y no se va a medir variables.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Genéricos

A. Analítico

Se ha hecho notar que este método “está orientado a la descomposición total, parcial, por etapas, por causas, por litigios, etc., del objeto de estudio” (Ramos Suyo, 2004, p. 500), es decir, la división del todo en partes.

En esta tesis utilizaremos este método de investigación porque ello nos va a permitir hacer una descomposición de las partes que integran el problema, así, poder analizar adecuadamente y sin interferencias cada principio constitucional que podría verse

afectado por el tipo de Prevaricato de Derecho mediante el tratamiento de los objetivos específicos, y además, analizar también, el tratamiento procesal penal del delito de prevaricato de derecho en la jurisprudencia peruana sin vernos obstaculizados por otras cuestiones, que si bien están relacionadas, no sean parte de nuestro estudio.

B. Deductivo

Al tratarse del método general aplicable a todos los tipos de ciencia, y al ser la tesis una forma en que ellas pueden llevarse a cabo, este será el método que guiará el proceso de investigación, y cada una de las actividades necesarias para desarrollar este proyecto y que orientará al recojo de datos.

Tomemos en cuenta que como enseña Sánchez Zorrilla (2011), es una equivocación leer en los manuales que se debe utilizar el método sintético, inductivo o analítico, debido a que todos estos se analizan a un nivel epistemológico.

De ahí que, de los métodos generales, sea el único que puede ser aceptado acá. Pues este método ha servido para la formulación del problema y de la hipótesis correspondiente.

1.9.2. Propios del Derecho

A. Dogmática jurídica

El método dogmático es aquel que utiliza axiomas y principios jurídicos, para, utilizando procesos y operaciones lógicas, llegar a conclusiones válidas; así, utilizando este método, podremos

interpretar de modo adecuado, el ordenamiento jurídico existente (Ramos Núñez, 2018). De ahí que, en la presente investigación, utilizando este método podremos realizar los procesos necesarios para determinar si con la existencia del tipo penal de Prevaricato de Derecho, se genera afectación a principios constitucionales, tales como la autonomía Jurisdiccional, entendida como facultad del Magistrado; también hará posible evaluar si existe algún grado de afectación a la potestad de ejercer control difuso por parte de los Magistrados; y, finalmente, que se determine la vulneración al Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal.

B. Argumentación Jurídica

Dado que la argumentación es un sistema de razones de validez jurídica que sostienen un razonamiento y su consecuente resultado, es uno de los métodos más importantes del análisis jurídico, mismo que es utilizado incluso en las resoluciones judiciales, forma máxima de expresión del análisis jurídico, es así, que en la presente tesis utilizamos la argumentación jurídica para sostener y analizar los elementos de contenido jurídico.

C. Método Teleológico Valorativo

Ramos Suyo (2004) utiliza este nombre para referirse al método que “consiste, en averiguar e investigar el fin de la función, es decir, para qué fue creada la ley, considerando que el derecho penal tiene caracteres normativo y valorativo; explora la formación teleológica de los conceptos” (p. 465).

Por ello, se hace adecuado utilizar este método en nuestra investigación debido a que nuestro objeto de estudio son normas jurídicas, las que, si bien es cierto están expresadas mediante el uso de la palabra escrita, para interpretarlas adecuadamente se requiere descifrar su razón de ser, su finalidad última.

1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1 Técnicas

A. Análisis documental

Se trata de una técnica que permite hacer una minuciosa revisión de los documentos que contengan datos relevantes para la investigación, en este caso, serán documentos que contengan la legislación existente sobre el tema planteado, tales como el Código Penal y la Constitución Política, así como también las sentencias que haya emitido el órgano jurisdiccional; todo esto con el fin de encontrar información relevante que permita dilucidar la cuestión planteada.

B. Fichaje

Esta técnica le permite a la investigación documentar, estudiar los libros de una forma minuciosa. En ese sentido se utiliza para la revisión doctrinal de esta tesis.

C. Revisión sistémica

Técnica que consta de la recopilación y sistematización de puntos clave sobre un tema en específico, generalmente en forma de resumen, es así que en el presente trabajo esta técnica fue de vital importancia ya que el contenido desarrollado fue ampliamente

variado, por lo que los resúmenes sistematizados permitieron una visión general y amplia del problema investigado, y un punto de partida para el análisis, yendo a cada punto sistematizado para ampliar el contenido cuando sea necesario.

1.10.2. Instrumentos

A. Hoja guía de análisis documental

El instrumento que permitió una revisión del material jurisprudencial consultado con la intención de realizar los objetivos de esta tesis.

B. Fichas de resumen

Aquella que sintetiza, resume las ideas centrales del capítulo o libro leído en cuatro o seis fichas.

C. Fichas textuales

Aquella que recoge datos o informaciones del texto, revista o periódico transcribiendo o copiando al pie de la letra, el párrafo respectivo. Para tal efecto debe colocarse comillas al iniciar y terminar el párrafo. Las utilizaremos en nuestra investigación teniendo cuidado de no alterar el sentido original y transcribiremos exactamente la información que deseamos recoger

D. Fichas bibliográficas

Aquellas que registran los datos de la edición de un libro, esto es: el nombre del autor, título, año de impresión, lugar de impresión, la editorial, y el número de páginas del libro. Las utilizaremos para tener un registro completo de todas aquellas fuentes que estamos consultando, con estas fichas llevaremos un registro completo de tales fuentes.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el marco del presente proyecto se procedió a realizar una búsqueda en los siguientes repositorios:

Repositorio físico:

- a) Repositorio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca

Repositorios virtuales:

- a) Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) – SUNEDU
- b) Repositorio Virtual de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca
- c) Repositorio Virtual de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- d) Repositorio Virtual de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- e) Repositorio Virtual de la Universidad de Lima
- f) Repositorio Virtual de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega
- g) Repositorio Virtual de la Universidad del Pacífico
- h) Repositorio Virtual de la Universidad de San Martín de Porres

De tal búsqueda, podemos concluir que, por lo menos, al momento de estar realizando este trabajo de investigación, el delito de prevaricato de derecho, solo ha sido estudiado como delito desde la perspectiva penal, pero no desde el ámbito constitucional; tampoco se ha encontrado tesis referente en el repositorio de la facultad de Derecho, ni en el repositorio de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca.

De las investigaciones en torno al prevaricato como delito, tenemos:

- a. La Tesis denominada “La Corrupción en el Poder Judicial como parte del Sistema de Justicia en la Década 1990-2000: Estudio Crítico sobre las aproximaciones acerca de su Naturaleza y Solución” de Rosa Delsa Mavila León, quien analiza el delito de prevaricato, entre otros, desde el enfoque de la corrupción de los Magistrados en la década de 1990 a 2000.
- b. La Tesis denominada “Mecanismos de prevención y sanción del delito de prevaricato de Jueces y Fiscales de la Corte Superior de Justicia y Distrito Fiscal de Lima Centro. 2014-2017” de Nils Delbert Torres Castillo, realiza una investigación de prevaricato partiendo del punto de su prevención y sanción, pero sin abordar cuestiones constitucionales sino solo administrativas y penales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

2.1.1. Naturaleza del derecho desde la ius-filosofía

Al hablar de filosofía jurídica nos remitimos a una de las más famosas ambivalencias del derecho, refiriéndonos pues a la confrontación clásica entre ius-naturalismo y ius-positivismo, así, para poder determinar a cuál corriente ius filosófica de la naturaleza del derecho nos adscribiremos en la presente investigación, se hará necesario establecer los aspectos fundamentales de cada una de ellas.

A. La doctrina del ius-naturalismo

Esta corriente, como enseña Julieta Marcone, puede identificarse ya desde las épocas de Sócrates donde éste trataba de dilucidar entre lo que dicta la naturaleza, en oposición a lo que está dictado por los hombres, esta posición ha sido utilizada desde muchos años atrás, en el derecho desde diferentes ópticas por los doctrinarios, sin embargo todas las diferentes teorías que han utilizado este concepto comparten una tesis básica o núcleo, que el contenido del derecho que procede de la fuerza natural es superior a todo tipo de derecho que el hombre pueda dictar, expresando de modo más adecuado lo justo, y sin ser afectado por las particulares circunstancias culturales y temporales de cada sociedad, sino que mantendría validez universal y atemporal (Marcone, 2005).

Considerando los aspectos fundamentales antes descritos, podemos apreciar que para los naturalistas el derecho proviene de la divinidad o de la razón humana intrínseca, pero, sin importar ello, cualquier persona puede apreciar la justicia de la norma y tal capacidad a su vez hace que las personas se vean sometidas a su cumplimiento.

Así también, el derecho natural es aquel que es recogido por las normas en las normas de los hombres y positivizado en instrumentos tangibles, y con la capacidad de ser comunicados manteniendo en gran parte su sentido a distintas personas.

Dada la naturaleza de nuestra investigación no corresponde discutir respecto al ius-naturalismo teológico y el ius-naturalismo racionalista, así que solo dejaremos sentado que la posterior discusión entre ius-positivismo y ius-naturalismo se realizará desde el ius-naturalismo basado en la razón.

B. La doctrina del ius-positivismo

La profesora Marcone, respecto a la doctrina ius-positivista se separa de la visión romántica de lo justo y lo injusto y se centra en establecer que el derecho es simplemente la expresión positiva de todas las normas jurídicas existentes en un sistema interrelacionado de ellas, así su validez no proviene de la naturaleza o un poder divino, sino de la autoridad que posee la persona que la dicta, y que debe seguir un procedimiento formal y preestablecido para emitir la norma, en consecuencia la norma jurídica no es universal, sino que está ligada y

depende del contexto espacio temporal específico para el que fue creado, todo esto es pues, manifestación del formalismo característico del positivismo. Otra característica fundamental de esta doctrina es su imperativismo, con ella se trata de explicar que la razón por la cual las personas se ven obligadas a obedecer las leyes que rigen en su Estado es porque provienen del soberano, mismo que posee el monopolio de la violencia, así el obligatorio cumplimiento de las normas no proviene de la sujeción a la divinidad, sino del temor a la violencia (Marcone, 2005).

Dados los aspectos fundamentales del ius-positivismo, podemos precisar que el ius-positivismo, al estar basado en el formalismo y el imperativismo, puede servir para dar origen a Estados de autoritarismo y a normas jurídicas que se alejan del bien general favoreciendo al grupo de poder de cada Estado y que las normas jurídicas, bajo esta doctrina, son demasiado fungibles.

a. Ius Positivismo Incluyente

Sin embargo, en nuestros modelos modernos de Estado, la decantación al positivismo jurídico no puede darse en los términos estrictos del positivismo que excluye absolutamente a la moral del ejercicio del derecho, si bien tampoco se puede aceptar que la moral sea la que defina el derecho; se debe encontrar un punto de equilibrio, donde el derecho no sea influido por las reglas de moralidad, pero reconozca que muchas de las normas constitucionales contienen en sí un espectro de moralidad que fue

positivizado en la norma, y en los principios, mientras sean parte del Bloque de Constitucionalidad; de este modo consideramos, como explica K. Himma (2014), que, para el positivismo incluyente o blando, es posible que un sistema positivista sea compatible con criterios de moral, de esta forma, las tres tesis que identifican al positivismo, pueden incluir criterios de moralidad sin dejar de ser positivistas:

- a.** Tesis Social incluyente. Esta tesis implica que el derecho parte de la existencia de un hecho social, y para los positivistas incluyentes, los medios de reconocimiento de estos hechos sociales para convertirse en derecho, pueden estar basados en fenómenos que incluyan conceptos de moral en la sociedad.
- b.** Tesis de Convencionalidad incluyente. Esta tesis implica que la exigibilidad del derecho positivo, radica en la convención social de la realización de una conducta o actitud que se positiviza, para la corriente incluyente, esta convencionalidad puede estar basada en criterios de moralidad que al positivizarse pueden parecer inexistentes, pero que un análisis puede sacarlos a relucir como una meta de la convención.
- c.** Tesis de Separabilidad incluyente. Esta tesis parte de que el derecho existe alejado de la moral para conservar su objetividad, sin embargo, para los positivistas incluyentes, si bien esto es cierto, la moral puede tener un papel importante a la hora de la discrecionalidad del juez para encontrar el sentido de la norma objetiva, por lo cual, si bien la norma interpretada es objetiva y

no depende de la moral, el modo de entender la norma por parte del aplicador puede verse influida por la inseparable moral que poseen los individuos de una sociedad.

De esta forma, si bien, para analizar la adecuación de una norma a la Constitución, no se puede acudir a conceptos de moralidad, no se puede negar que la propia Constitución, puede albergar nociones morales positivizadas.

C. Doctrina ius-naturalista frente a la doctrina del ius - positivismo

Gustav Radbruch (1944), hace ya muchos años atrás, hacía notar que toda la filosofía del derecho, desde los comienzos hasta el siglo XIX, ha sido filosofía del Derecho Natural, la explicación que él hace es que el derecho naturalista antiguo tenía su objeto en la contraposición de lo que es parte del derecho y lo que es parte de la naturaleza, después, en la época medieval diferenciaba entre lo que era derecho proveniente de la divinidad y el proveniente del hombre, finalmente, en la época moderna, la contraposición que le importa es aquella entre la razón que proviene de la individualidad y la fuerza que ejerce el derecho.

Sin embargo, el ius-positivismo ha tenido grandes defensores, como el propio Kelsen que buscaba dar estabilidad y cierto grado de ciencia al derecho; así, estas dos grandes corrientes de pensamiento filosófico o iusfilosóficas que han dominado las discusiones sobre la naturaleza, validez y corrección del derecho. Aunque pudieran tener variantes dentro de ellas, las dos han sido las que orientaron el gran debate.

Tanto así que en nuestros días se prefiere hablar de un positivismo incluyente o un postpositivismo. Pero también de las diversas formas que asume el positivismo, como lo hizo Bobbio (2015).

Continuando con la diferencia, el filósofo argentino, Carlos Santiago Nino (1994), el positivismo defiende la división entre lo que el derecho es, y la moral, evitando confundir hechos con valores, ello, con la finalidad de regir al derecho mediante una teoría científica, dejando de lado lo que la religión y/o grupos políticos buscan. En cambio, el ius-naturalismo sostiene ideales de justicia en el derecho, para darle legitimidad.

Pero es posible manifestar que actualmente el límite es frágil, gracias al positivismo presentado por Bobbio, en donde se asume que el derecho siempre trae consigo algún criterio de justicia, y, en consecuencia, incluso podría decirse que las normas jurídicas son justas por cuanto conforman parte del sistema jurídico.

A este debate también ingresa nuestro autor citado al inicio, Gustav Radbruch (1994), quien volvería a estremecer el panorama alemán ius filosófico, con el pronunciamiento de su llamada la “fórmula de Radbruch”, ésta manifiesta la posible disputa entre seguridad jurídica y justicia, hallaría una posible solución siempre que se asegure al derecho positivo, incluso cuando sea injusto, excepto cuando ese apartamiento de considerarlo como justo sea de una medida tan grave, que deba ceder ante la justicia. Si bien es cierto, materializar este concepto es muy difícil, esta podría ser considerada como una línea, entre las normas legales que son válidas, incluso poseyendo contenido

injusto, y los supuestos de injusticia legalizada. Otro límite que puede darse para identificar tales casos extremos, es la identificación de casos donde se niega la igualdad; en ese caso, la norma incluso perdería la naturaleza jurídica.

Radbruch también presenta y resume su fórmula del modo siguiente “La extrema injusticia no es Derecho” (citado por Alexy, s.f., pp. 76). Puesto en términos del derecho constitucional, pero que recuerda mucho el lenguaje de la *Teoría Pura* de Kelsen, lo que se dice que si hay una norma de inferior jerarquía que contradice la Constitución, esta norma no puede ser aceptada y debe ser rechazada del ordenamiento jurídico (Radbruch, 1944).

D. Posición iusfilosófica adoptada

Ahora bien, una investigación que busque responder a la cuestión “¿Cuáles son las consecuencias jurídico constitucionales y jurídico-penal que genera aplicar el prevaricato de derecho en nuestro País?”; evidentemente se encuentra bajo la corriente positivista, podríamos decir además que es de corte neopositivista, ya que las herramientas e insumos para la investigación provienen del derecho positivo, y no del derecho natural.

Es el derecho positivo el que brindará los criterios metodológicos, ideológicos y axiológicos que permitan responder a la pregunta oportunamente planteada. Recordemos que la Constitución tiene dos partes, una orgánica y una dogmática. Es en la parte dogmática, donde se puede encontrar a los derechos denominados como fundamentales.

En consecuencia, una norma legal puede ser inconstitucional en función de principios orgánicos como la autonomía jurisdiccional, por ello nuestra postura acepta el control axiológico del sistema normativo.

Si adoptáramos una posición naturalista, para evaluar el posible conflicto existente entre el tipo penal de prevaricato y preceptos constitucionales, tendríamos que remitirnos a conceptos de justicia, valoración de la conducta humana y estudios sociales de la actual cosmovisión del mundo que tiene nuestra sociedad, dejando de lado criterios de dogmática jurídica, que tienen valor por sí mismos, no por ser justos, sino porque son obligaciones y facultades constitucionales.

Así pues, si, por el contrario, nos decantamos a elegir la doctrina ius-positivista (incluyente), mediante el uso de axiomas, que no necesitaremos probar por su propia naturaleza, podremos examinar la validez tanto del tipo penal de prevaricato, como de los principios constitucionales mediante la verificación de su formalidad y grado de imperatividad, conceptos característicos de la doctrina ius-positivista.

Utilizando esta doctrina, la presente investigación permitirá cubrir un vacío que existe en la doctrina, dado que este tema de “prevaricato de derecho” ha sido dejado de lado y existen muy pocos trabajos al respecto, el cual está debidamente establecido en el Código Penal, pero su interpretación tiene que ser armónica dentro de un ordenamiento normativo y, en consecuencia, debe ser constitucional.

Cuando el Juez interpreta, verifica si la norma respeta la Constitución, de lo contrario, debe ser declarada inconstitucional. El posible fundamento para decir que es inconstitucional el delito de prevaricato de derecho, sería porque este representa una invasión a la autonomía interpretativa del Juez en un Estado de Derecho. En el desarrollo de la tesis se va a exponer que los Magistrados tienen los mismos derechos que todos los ciudadanos, como personas, y como institución forman parte del carácter orgánico de la Constitución, por lo cual también le asisten estos derechos, sumándoles los propios de su función.

Lo desarrollado hasta el momento, debe entenderse únicamente desde una posición filosófica del origen del derecho, mas no como un modelo de Estado; es sabido que el positivismo clásico se identifica más adecuadamente con los modelos de Estado Legal de Derecho (Pozzolo, 2015); sin embargo, en este caso, el positivismo, a nivel de filosofía del derecho, no se trata de la primacía de la ley (positivismo como modelo de Estado), sino de la separación entre la moral y el derecho (positivismo en la filosofía del Derecho).

2.2. NEOCONSTITUCIONALISMO

El Estado Legal de Derecho fue un modelo nacido en la Ilustración Francesa, con el cual se buscaba la prevalencia del texto legal, como la real expresión de lo que el pueblo busca, elevándose más allá de la tan nociva voluntad absolutista de los soberanos; sin embargo, el panorama cambió, de modo que la prevalencia de la ley se hizo insuficiente para asegurar los nuevos fines de los Estados modernos; así el Neoconstitucionalismo se presenta como la

transición del Estado Legal de Derecho hacia un modelo de Estado, donde lo que prima es la Constitución, pero no como otra simple norma, sino como una norma viva y de aplicación directa.

Así, Carbonell y García (2010), afirman que, para entender el Neoconstitucionalismo, se ha de recurrir a tres niveles de análisis a saber:

a. Textos constitucionales

Las Constituciones propias del Neoconstitucionalismo, no se agotan en la tarea de establecer un contenido político, llegando a contener normas materiales que condicionan el actuar estatal, además de contener una extensa relación de derechos humanos/fundamentales, que sirven de marco a las interacciones entre Estado y la ciudadanía.

b. Prácticas jurisprudenciales

Con el cambio de los textos constitucionales, la propia práctica jurisprudencial cambia, los Jueces requieren de nuevas técnicas interpretativas propias del ordenamiento constitucional, ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, principios constitucionales, entre otras, y se enfrentan a la dificultad de trabajar con valores constitucionalizados. El Neoconstitucionalismo genera un incremento del protagonismo en la actividad judicial, pues, éstos deberán asegurar que los derechos fundamentales/humanos posean mayor grado de jerarquía ante los posibles arreglos políticos que puedan generarles peligro o daño.

c. Desarrollos teóricos

La ciencia jurídica, no únicamente contempla y explica su objeto de estudio, sino que ayuda a crearlo, tal como ha ocurrido con las aportaciones de Dworkin, Alexi, Zagrebelsky, Barroso, Nino, Sanchis y Ferrajoli; ello se

observa en que muchas veces, las sentencias están basadas en teorías jurídicas.

Si bien antes de la Segunda Guerra Mundial, existieron Constituciones con mandatos sustantivos y que muchos juzgados desplegaron actividades similares a las expuestas, lo que resulta novedoso, es que se dio un conjunto ordenado de tales niveles, cuyos efectos dan funcionamiento al Estado Constitucional de Derecho.

A. Características del neoconstitucionalismo

Respecto a este tema, Cianciardo (2006), enseña que, en los años 50, en Alemania, ciertos fallos en el tratamiento constitucional, representados especialmente en los casos Elfes de 1956 y Luth de 1958 llevaron a una idea distinta de teoría constitucional impregnada del dogmatismo propio de derechos; esta nueva concepción tiene cuatro ideas fundamentales:

- a) Materialización del sistema jurídico, por la cual la Constitución tiene normas sustantivas.
- b) Derechos fundamentales como núcleo valorativo
- c) Omnipresencia y ubicuidad de los derechos fundamentales
- d) Ponderación, por cuanto las normas tienen contenido valorativo, pueden adoptar forma de principios.

Además, Cianciardo, enseña que, en los posteriores 50 años a los establecidos previamente, se puede adicionar las siguientes ideas:

- e) Las valoraciones forman parte importante del derecho

- f) El derecho posee Superioridad normativa
- g) Los órganos judiciales ocupan un lugar preeminente en el ordenamiento jurídico.
- h) La Constitución presenta superioridad jurisdiccional.

Más adelante, Cianciardo, enseña que podemos apreciar que el Neoconstitucionalismo ha sido determinado por diversos factores determinantes, que pueden ser clasificados como externos o *ad extra*, respecto a los cambios culturales y sociales que afectan a los derechos humanos, creando (reconociendo) algunos nuevos derechos, como por ejemplo, la libertad informática, e internos o *ad intra*, relativos al contenido fundamental de aquellos derechos previamente reconocidos, que pueden ampliar su alcance acorde a las distintas necesidades en lo particular de cada caso.

2.3. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En un Estado Constitucional de Derecho, las normas constitucionales gozan de supremacía ante las otras normas que integran el Sistema Jurídico, dando lugar a toda una nueva reconstrucción del ordenamiento donde los derechos denominados fundamentales, se transforman en el eje central de nuestro sistema jurídico (Cea Egaña, 2004).

Lo enseñado por Cea Egaña, representa un punto muy importante para nosotros, porque de encontrarse un conflicto entre el prevaricato de derecho y los principios constitucionales, no será necesario realizar un juicio de valor, o

búsqueda de fundamentos profundos para optar por la necesidad de derogación de tal delito, sino que el propio sistema constitucional al cual estamos adscritos nos brinda una consecuencia lógica.

Así también, Ruiz Molleda enseña que el modo en que podemos hallar la distinción entre un denominado Estado de Derecho con otro Constitucional de Derecho, es identificando que, el primero se refiere a aquel Estado regido primordialmente por la Legalidad, es decir, por el condicionamiento del poder al texto de la ley; mientras que, en el segundo, se aprecia la adecuación del poder a la Constitución. Sin embargo, surge la duda de que, cuando se habla del poder condicionado a la ley también se está comprendiendo en ella a la ley constitucional; para evitar estos problemas se ha denominado al Estado de Derecho como Estado Legislativo de Derecho, el cual sería opuesto al Estado Constitucional de Derecho (Ruiz Molleda, 2009).

Siendo así, la consecuencia, es que se presenta una subordinación de las leyes a la Constitución; pero no únicamente en las formalidades de su producción, sino también en sus significados, al existir dos variables de validez se hace posible que una norma sea formalmente válida pero sustancialmente no lo sea, todo ello a la luz de las Constitución.

Como se aprecia, la Constitución pasa de ser una simple norma de un rango superior a la legal, a adoptar una especie de vida propia, pues va a reaccionar cada vez que el poder trate de extralimitarse; así como dice Loewenstein, citado por Ruiz Molleda (2009):

La Constitución es el acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obligan tanto a detentadores como a los destinatarios del poder, ésta se ha mostrado como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores (p.47).

A. Elementos del Estado constitucional

Los elementos que a continuación exponemos pueden ser considerados tanto como elementos para identificar un Estado Constitucional, como objetivos para construir uno.

- 1) Carácter vinculante de la Constitución, pues, además de ser una norma política, es una norma jurídica vinculante para todas las entidades públicas y poderes estatales; en consecuencia, para lograr un Estado Constitucional de Derecho, se requiere la difusión de la idea de una Constitución como norma vinculante, genuina y que produce efectos jurídicos en la realidad.

Nuestro Tribunal Constitucional recoge este elemento en el Exp. N° 5854-2005-PA/TC, aquí nuestro tribunal establece que, debido al Principio de fuerza normativa, la interpretación de los textos constitucionales, debe estar orientada a encontrar en ella, una norma del sistema jurídico, que alcanza a toda persona, grupo social y poder o facultad estatal.

- 2) Supremacía de las normas constitucionales dentro de las fuentes que inspiran nuestro Sistema Jurídico, pues, ya establecido que la Constitución no es solo una norma política, sino también una norma de carácter jurídico, pero la de mayor jerarquía e importancia, condicionando la validez de todas las demás. En consecuencia, ninguna norma que no se adecue a ella podrá tener validez; tal elemento está expresado en la propia Constitución en su artículo 51.
- 3) Eficacia y aplicación inmediata de la Constitución, ya que las normas constitucionales pueden generar efectos jurídicos sin necesidad de ser desarrolladas por una norma legal; así que, si para el desarrollo de una

causa, la norma constitucional es aplicable, deberá ser utilizada por sí misma, recurriendo a la norma legal solo para los extremos necesarios; pero incluso debe ser aplicada si no existe norma legal, pues de por sí sola expresa un precepto vinculante.

- 4) Garantía jurisdiccional, es aquella que desarrolla la exigibilidad en sede jurisdiccional del contenido constitucional, tal exigibilidad se puede expresar tanto en la potestad del control difuso como en el control que realiza el Tribunal Constitucional.
- 5) Denso contenido normativo, pues en el “Estado Constitucional de Derecho”, la Constitución pasa de ser simplemente una norma política, a poseer un amplio contenido normativo de principios, derechos, valores y directrices.
- 6) Rigidez constitucional, ya que a mayor sea la Constitucionalización, más difícil será la alteración de ello, por cuánto, si la Constitución es la norma que se sobrepone ante todas las demás, la ley y el reglamento no tendrán la fuerza suficiente para modificarla, alterarla o reformarla. En nuestra Constitución encontramos este elemento en el artículo 206, el cual establece los procedimientos para su modificación (Ruiz Molleda, 2009).

B. Estado constitucional de derecho y democracia

Expresados los elementos del Estado Constitucional de Derecho, podemos advertir que, entre este Estado y la democracia, existiría una relación directa; pues, ya que, el poder de la población tiene su máxima expresión en el Poder Constitucional, mismo que es el único que puede generar una Constitución, por lo tanto, la supremacía de la Constitución expresa la supremacía del poder del pueblo, y lo protege de la vulneración frente a las

posibles acciones de los detentadores del poder, como pueden ser lo gobernantes y funcionarios públicos.

Así, la supremacía de la Constitución, manifiesta que, la democracia se aleja de un mero discurso político, a una expresión material de su fundamento, es decir, los derechos cobran auténtica vida propia, ello al tener capacidad de ser protegidos en cada circunstancia en que puedan verse afectados, y tener el mayor grado máximo de jerarquía.

2.4. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Debido a que nos encontramos inmersos en un problema de aparente contraposición normativa, en el que, el sentido de una, puede afectar a la otra; se evidencia la necesidad de precisar los criterios que dirigen el descubrimiento de las implicancias que esconden los textos positivizados de las mismas; mucho más allá del método de interpretación que se pueda utilizar, como serían los métodos históricos, gramaticales, teleológicos, entre otros; que pueden ser utilizados de acuerdo al contexto en que sean útiles, incluso más allá del propio contexto jurídico; al hablar de la interpretación estrictamente jurídica, que es la que nos interesa, existen diversas formas de abarcar la interpretación.

A. Ambigüedades de la interpretación jurídica

La primera dificultad que se presenta al buscar caracterizar la interpretación jurídica, es que, precisamente su objeto, es decir, el derecho, es en sí mismo un concepto multi significativo e indeterminado, así, si el derecho no se agota en los textos normativos que lo representan, sino que se extiende a prácticas humanas y principios abstractos que lo rigen, al respecto de esta primera dificultad, Lifante Vidal (1997) distingue la interpretación *sensu largissimo*

(interpretación de cualquier tipo de objeto como fenómeno cultural no natural), y la interpretación *sensu largo* (interpretación de un objeto lingüístico); pudiendo agregarse la interpretación *sensu estricto* (interpretación de un objeto lingüístico en un contexto concreto).

Otro punto importante al respecto, es la distinción de interpretación como actividad o como su resultado, al respecto de la primera, existen tres sentidos; primero, como la denominada “actividad noética”, definida como la “captación intelectual inmediata de una realidad inteligible”; segundo, como un acto lingüístico, y; tercero, interpretación como acto dianoética, cuando se requiere un discurso argumentativo.

Así, se sobrepasa una dificultad para definir cuál es el objeto a interpretar, pues, esta sería la interpretación denominada “*sensu largo*”, en la que siempre se requiere actividad noética, dejando una interpretación dianoética para aquellos casos donde surjan dudas.

Y, sobre la interpretación entendida como resultado, ésta se va a diferenciar de acuerdo al procedimiento realizado para obtenerla, así, de una actividad noética, el resultado será un significado que se entiende; y el resultado del resultado de la actividad dianoética, será un enunciado (si A entonces B).

En consecuencia, la forma más extendida de resultado interpretativo en el ámbito jurídico será un resultado dianoético, lo que nos lleva a terrenos de argumentación jurídica.

B. Objeto de la interpretación jurídica

Habiendo superado las distintas posibilidades de qué es interpretar, conviene esclarecer qué se va a interpretar a nivel jurídico; al respecto

Lifante Vidal (1997) indica que existen dos respuestas comunes, como son la norma jurídica, o el Derecho.

Al respecto de la primera opción, se critica que la norma jurídica no es el objeto de interpretación, sino más bien el resultado de la misma; además de que existen dispositivos jurídicos que no manifiestan normas, como son las cláusulas derogatorias.

La segunda opción tiene la misma cantidad de dificultades como la tiene la definición de Derecho, contraponiendo muchas veces al derecho como el fenómeno jurídico en su conjunto frente a la interpretación de la norma legal individual, sin embargo, esta postura no hace sino hacer más difícil la distinción, por cuanto es justamente la norma jurídica (expresada por ejemplo como una ley) la unidad mínima a través de la cual se presenta el derecho; por lo cual la interpretación del derecho debería estar más orientada al fenómeno conjunto de expresión jurídica, donde se incluya al sentido que encierra la norma, la determinación del discurso legislativo, y la solución de antinomias e integración normativa; como vemos, un concepto mucho más integrado y similar a los procedimientos necesarios para la propia aplicación del derecho en general.

Una de las consecuencias de interpretar el derecho como fenómeno en conjunto será que la norma jurídica, en determinadas acepciones será más el resultado que el propio objeto de la tarea interpretativa; así, la norma jurídica podría considerarse como objeto de la interpretación si se toma como “documento” y si se toma como “disposición”. Mientras que se puede considerar como resultado si se considera como “unidad relevante de razonamiento jurídico” y cuando se entiende como “premisa de razonamiento

jurídico”.

C. Teorías de interpretación jurídica

a. La teoría cognitiva de la Interpretación jurídica

Primero, la teoría cognitiva, considera que la ley, o sección del derecho a interpretar, posee un sentido único, o significado propio, que existe inclusive antes de que el intérprete se dé a la tarea de descubrirlo; así, la tarea interpretativa termina en el propio acto de conocer dicho significado. Por ello, esta teoría se fundamenta en que el Derecho está totalmente determinado, poseyendo un único significado por lo que debe ser pleno, no dando lugar a lagunas jurídicas. Así, esta teoría no deja espacio a la discrecionalidad del Juez, ya que su tarea únicamente se limita a conocer el significado preexistente y determinado de la norma para aplicarlo.

Dentro de esta teoría se pueden distinguir dos corrientes, como son:

a.1. Teoría cognitiva clásica.

Que nace del positivismo jurídico original, influenciado por la iluminación, para quienes, la mejor ley es aquella que no requiere de interpretación, para evitar que el Magistrado encargado de su aplicación suplante la voluntad original del legislador. Esta idea de considerar al Juez únicamente un “instrumento de aplicación del texto expreso de la ley” corresponde a Montesquieu. Bajo estos planteamientos del formalismo jurídico, la finalidad de una decisión judicial, no tiene base en buscar una solución justa a la problemática encontrada, sino a la aplicación matemática de la norma, es decir,

del significado de la norma preexistente a la interpretación. El mayor auge de esta teoría se dio en Francia, con el Código Civil del año 1804; y aplicada también, en Alemania, donde resalta Ihering, quien identificaba el sistema jurídico como una “pirámide de conceptos formales”, en la que los superiores condicionaban a los inferiores; y, por esta razón, la labor de interpretación solo radicaba en buscar el sentido preestablecido de estos conceptos (Quispe Astoquilca, 2017).

b. Teoría cognitiva contemporánea.

Es la que se identifica con la obra de Dworkin, quien considera que el Derecho es un modelo de reglas y de principios, por lo que la solución al caso ya tiene existencia previa al proceso judicial, donde el juez solo tendrá que descubrir esta solución.

La inclusión de principios al concepto de derecho hace que se pueda encontrar una solución al caso, incluso si no existe una norma específica para tal finalidad, la discrecionalidad que puede manifestar el Juez es una de tipo débil, donde los principios lo orientan, pero, aunque tienen que realizar una actividad compleja, no le brindan la capacidad de decidir por su cuenta el sentido de la solución de la causa. De este modo, Dworkin desarrolla dos planteamientos básicos, como son, “la contemplación del derecho como interpretación”, y un “ideal de integridad”.

Al respecto de contemplar al derecho como un fenómeno interpretativo, se explica que el ejercicio del derecho es un ejercicio de argumentación, misma que se puede manifestar de dos formas, la primera como conversación, y la segunda como constructiva.

b.1. Interpretación Constructiva.

Que se compone de tres elementos sucesivos o fases.

Primero, la fase pre interpretativa, que busca identificar las leyes y decisiones previas, que puedan ser relevantes o estar relacionadas.

Segundo, la fase interpretativa, donde se utiliza lo obtenido en la fase previa, y se busca identificar su propósito general, iluminado por los principios del derecho, donde el Juez debe de establecer la justificación del sentido interpretativo elegido a partir de las normas y principios relevantes, para evitar la creación de un sentido alejado del sentido del derecho que busca conocer.

Tercero, la fase post interpretativa, donde se ajusta el sentido interpretativo obtenido para adecuarlo a la situación concreta, es así, porque, la interpretación puede obtener muchos resultados, que pueden ser inspirados por los principios; entonces, el Juez, deberá de seleccionar una de ellas, la que mejor se ajuste a las particularidades del caso a resolver.

Estos planteamientos, alrededor del constructivismo, requieren como base un concepto fundamental para Dworkin, que sería la integridad del derecho, es decir, el grado de coherencia entre las decisiones previas y las actuales, debido a que todas ellas están basadas en el mismo sistema de objetivos y fundamentos que dieron origen al sistema jurídico que las permitió.

En conclusión, el juez deja de tener un papel de mero aplicador mecánico de la ley, sino que ejerce una fuerte labor argumentativa

en la interpretación, pero sin llegar al grado de creación de derecho general, limitándose solo al caso en específico (Quispe Astoquilca, 2017).

c. La teoría escéptica de la interpretación jurídica

En esta teoría, el papel de Juez va mucho más allá, hasta el grado de que, lo que se obtiene luego de realizar interpretación jurídica es la creación de Derecho, fundado en un proceso de voluntad; y, dependiendo, de si esta creación de derecho es por invención, o por elección, se pueden identificar dos variantes de la teoría interpretativa escéptica.

Esta teoría de interpretación, tiene su base fundamental en la indeterminación del Derecho, por la cual, el derecho (y, por tanto, sus normas constitucionales, legales y demás) no tienen sentido propio, o, poseen demasiados a la vez como para poder saber, inmediatamente, cuál es el adecuado; además de que existen lagunas jurídicas, y antinomias.

a. Teoría escéptica radical.

Es aquella en la que se tiene a la interpretación por invención, aquí, el derecho carece de cualquier significado si no es interpretado, en consecuencia, el Derecho solo será creado mediante la interpretación judicial, dejando como única fuente del mismo, a la jurisprudencia.

b. Teoría escéptica moderada.

Aquella donde se da una interpretación por elección del significado, así, el Derecho, antes de ser interpretado posee muchos sentidos, que el

Juez podrá elegir según su libre valoración. Quispe Astoquilca (2016) enseña que el Juez, crea derecho para cada caso en específico, al establecer una sentencia, misma que contiene una norma de aplicación individual.

La importancia de las teorías de interpretación jurídica para nuestro trabajo se funda en que, el delito de prevaricato en su modalidad de prevaricación de derecho, tiene como elemento normativo primordial, la aparente existencia del “texto expreso y claro de la ley”, que parece adscribirse a la teoría de interpretación cognitiva en su variante de teoría cognitiva clásica, en la que el derecho (y los textos normativos) poseen por sí mismos un sentido inequívoco, incluso antes de ser analizados por el Juez, llevando su labor a la mera captación o conocimiento del sentido de la ley para aplicarlo de manera estricta en la resolución de casos. Sin embargo, si esta postura resulta adecuada o no, lo analizaremos en la sección correspondiente.

2.5. TEORÍA DEL DELITO

La teoría del delito se define como aquel constructo dogmático, que sirve para determinar si un suceso de la realidad se puede calificar como delito, haciéndolo merecedor de una pena establecida legalmente.

A. Teorías que explican el delito

Para esta tarea podemos hacer uso de las distintas teorías explicadas por Peña Gonzales (2010):

a. Teoría del causalismo naturalista

Teoría defendida por Von Liszt, donde se entiende a la acción

configuradora del delito como en términos naturalísticos, que culminan en la modificación del mundo exterior, aquí podemos encontrar a las fases internas, como ideación, deliberación, y resolución; y a las fases externas, como preparación y ejecución.

Para esta teoría, particularmente, para Von Liszt, la finalidad de la pena solo puede encontrarse en la justicia penal, donde genera los efectos de corrección, intimidación e inocuización, y la forma en que la acción, caracterizada como movimiento corporal, se relaciona al efecto nocivo que la hace merecedora de pena, es a través de una relación de causalidad.

b. Teoría del causalismo valorativo

Particularmente identificable con los postulados de Mezger, esta teoría se caracteriza por introducir el elemento humano de la voluntad a la ecuación previa; por lo que genera la necesidad de analizar la acción, más allá del elemento objetivo, para incluir a un contenido valorativo y de intencionalidad, esto permite abrir las puertas a la comisión de delitos por omisión (al no agotar el contenido de la acción al movimiento) y posibilita que el análisis de culpabilidad vaya más, a la de la capacidad psicológica que posee el sujeto, desarrollando el juicio de grado de reprochabilidad.

c. Teoría del finalismo

Para hablar de esta teoría, se puede hacer referencia a Hanz Welzel, para quien la acción que genera el delito, es un concepto ontológico, es decir, que no se agota en lo jurídico, y final, referido a que pasa por el encima de la causalidad, al estar determinado por la finalidad que tuvo, en base a la propia voluntad (comprendida como “direccionamiento consciente del curso causal de la acción emprendida”).

Debido a que la acción está ligada a una finalidad, la acción, el dolo y la culpa se ubican en el análisis de tipicidad, pues son tales conceptos cargados de finalidad, los que el legislativo puede establecer como tipos penales.

La acción se reafirma como el elemento central del delito, pues la acción se emprende con la finalidad de violar determinadas prohibiciones establecidas legalmente. Welzel considera que la realización de una acción humana tendiente a cometer un delito, es primero en la esfera del pensamiento, donde se establece una finalidad, se seleccionan los medios necesarios, y se consideran los efectos; y, segundo, ya en la realidad, donde se lleva a cabo el plan realizado en la esfera del pensamiento.

Aquí, el elemento que une a la acción con el resultado ya no se agota en la relación de causalidad simple, sino que, el que por las relaciones de causalidad que el sujeto activo diseña para conseguir su fin; esta dirección de la conducta (de hacer o no hacer) para conseguir un fin también contempla la posibilidad de delitos por omisión, y permite que existan delitos, tanto dolosos, cuando se direcciona el comportamiento hacia la violación de una prohibición, como culposos, cuando se direcciona el comportamiento a fines distintos al típico.

d. Teoría del funcionalismo

En esta teoría, podemos encontrar a Roxin, como parte del funcionalismo moderado, quien reconoce los elementos establecidos por el finalismo, pero reemplaza el fundamento de imputación, dejando de lado la causalidad, para optar por la realización de un peligro que se halle “dentro del fin de protección de una norma”, dando gran importancia a los fines

político criminales del derecho penal. Para Roxin, una conducta típica es tanto, la lesión (o en su defecto situación de peligro) de un determinado bien jurídico, como la “infracción del deber normativo”. Nos encontramos pues ante un rediseño de las categorías clásicas, desde una perspectiva de lo que resulta útil para la determinada política criminal adoptada.

Además, en el funcionalismo radical (o sociológico), pese a que se sigue partiendo de las categorías del finalismo, ahora, se busca la estabilización del sistema; así pues, la pena se utiliza como amenaza para asegurar la fidelidad a la norma; la violación de una norma conlleva la necesidad de reafirmarla, de volver a estabilizar el sistema, por lo cual la pena se utiliza como demostración de la vigencia de la norma, incluso por encima de la persona (Peña Gonzales, 2010).

B. Teoría del delito y sus elementos

Habiendo realizado ciertas precisiones sobre las teorías que explican el delito, y considerando el Código Penal vigente en nuestro país, se denota que nos adscribimos a la teoría finalista, en la que podemos encontrar categorías como el dolo, la culpabilidad, entre otras, y que define a nuestro sistema con criterios tanto objetivos como subjetivos a la hora de determinar si una conducta se puede calificar como delito.

Dentro de la teoría del delito (en la teoría finalista) se han identificado categorías como las de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad como elementos del delito, prestándose especial cuidado a cada una de estas categorías debiéndose satisfacer cada una antes de pasar a analizar la siguiente, presentándose así un sistema interrelacionado.

Esta teoría ha tenido múltiples tratamientos a través de los años, sin embargo, notamos que todos buscan definir al delito, de modo que se oriente al magistrado en la aplicación del derecho penal. Por ejemplo, Villa Stein (2008) afirma:

La teoría del delito es, entonces, un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis secuencial del delito como conducta humana compleja e inaceptablemente transgresora de la norma estatal prohibitiva o imperativa (...) su carácter abstracto persigue, como toda teoría que se precie de tal, una finalidad práctica consistente en facilitar la determinación precisa del universo de conductas que son ciertas e inconfundiblemente contrarias al orden jurídico-social (p. 171).

Y una definición más compleja, recogida realizada por Peña Cabrera y Almanza Altamirano (2010) afirma que esta teoría se trata de:

Un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana (p. 19).

Entonces, el delito es entendido como la acción típica, antijurídica y culpable. Lo que significa que una conducta humana, para que pueda ser calificada como delito, tendrá que pasar los filtros anteriormente indicados.

Bajo estas grandes categorías se encuentran otras que perfilan la definición del delito según la corriente que se adscriba. Para la tesis se empleará la visión finalista de la teoría, ello implica dejar de lado la categoría de la punibilidad.

A continuación, procedemos a realizar un acercamiento desde el punto de vista del profesor Edgardo Alberto Donna, al respecto de la teoría del delito:

a. Teoría de la acción

Habiéndonos identificado con la teoría del finalismo, entonces, la acción necesariamente se referirá a una acción humana, ya sea mediante una actuación, como mediante la omisión de realización de una conducta (omisión), así, la concepción de acción resulta imprescindible tanto como desarrollar a su alrededor las otras categorías como para tener la potestad de desarrollar conceptos como el dolo, la culpa, la tentativa, entre otros.

Así pues, la acción quedaría determinada como aquella conducta humana y voluntaria respecto de la cual se puede realizar un análisis y calificar de acuerdo a los conceptos de la dogmática penal, ello con la finalidad de imputar o no a una persona la realización de una conducta prohibida, conocida como delito, y la sanción correspondiente (Donna, 1995).

En nuestro caso, es decir, el prevaricato de derecho, la acción es eminentemente voluntaria, puesto que la condición de Magistrado requiere de una probada capacidad de decisión antes de otorgarle las facultades propias de su cargo.

Así también, nos circunscribiremos a la acción y no a una omisión, puesto que el tipo penal de prevaricato de derecho solo puede ser cometido mediante la primera de ellas.

b. La Tipicidad de la acción

Al referirnos a la tipicidad, nos remitimos al tipo penal, así un tipo penal es una norma jurídica penal, que surge para proteger una condición necesaria para el correcto desarrollo de una sociedad, denominada bien

jurídico; mediante esta norma se crea una prohibición pública y generalizada de afectar determinado bien jurídico.

El tipo penal como tal, no únicamente tiene por la finalidad de establecer una prohibición para proteger bienes jurídicos, a su vez, también podrá tener la función de proteger a las personas del abuso de poder por parte de los gobernantes; ello por cuanto hablar de tipo penal conlleva la obligación de referirnos al principio de legalidad, el que dicta que no se podrá aplicar una pena por una conducta que no esté previamente establecida por una norma de rango legal, tal fue una de las conquistas de la Revolución Francesa que perdura hasta nuestros días.

Según la doctrina, se puede atribuir a Beling fundar la teoría del tipo penal ya en 1906, e incluso ya en estas primeras conceptualizaciones se ponía severo énfasis a que solo los supuestos de hecho establecidos con anterioridad a su comisión pueden sancionarse. (Donna, 1995).

Así, la tipicidad se refiere a comprobar por medios lógicos que la conducta realizada por una persona se pueda encajar al supuesto de hecho preestablecido en la ley, para ello se compara sub categorías como el sujeto activo, pasivo, nexo de causalidad, verbo rector, bien jurídico, objeto de la acción, entre otros, de los cuales no profundizaremos puesto que no es el tema de nuestra investigación.

Sin embargo, sí nos referiremos someramente al análisis típico del prevaricato de derecho, los sujetos activos de tal tipo penal, tienen una

condición especial, por la cual únicamente podrá ser responsable de tal delito un Magistrado, y en circunstancias de la dación de un dictamen/resolución, respectivamente. De ello podemos observar que los casos de configuración típica del delito de prevaricato se limitan a un pequeño grupo de personas, las cuales, por tal razón, poseen un mayor grado de exposición y facilidad para verse inmersos en un proceso penal.

c. La Antijuridicidad

En este nivel, se analiza si la acción tuvo una justificación que le quite o reste reprochabilidad, tales justificantes fueron positivizadas en una norma penal, para no contradecir el principio de legalidad, propio del derecho positivo, al cual estamos adscritos.

La consecuencia fue que la antijuridicidad, al igual que la tipicidad, se convierte en un proceso lógico de adecuación de la realidad en una norma (Donna, 1995).

En este punto tampoco procederemos a desarrollar todas las causales de justificación al no ser una materia pertinente a nuestra investigación, pero llegado el momento se analizarán las necesarias.

d. La culpabilidad

Para finalizar, la teoría del delito, respecto de la culpabilidad, aquel juicio que utiliza procesos lógicos para, ante la acción humana, voluntaria, típica y antijurídica, responder a la pregunta ¿se le pudo exigir actuar de modo distinto?, para responder esta pregunta, primigeniamente se utilizaban dos enfoques, el primero de ellos referente al concepto normativo de culpabilidad, entendido como un proceso de adecuación de la exigibilidad

de actuar distinto a las normas penales preestablecidas; y el segundo referente a la teoría psicológica de la culpabilidad, esto es, si se le podía exigir comportamiento distinto en base a sus procesos mentales particulares.

Debido a que el enfoque normativo no es suficiente tratándose de procesos mentales tan complicados, y que el enfoque psicológico tenía el riesgo de confundir la categoría de dolo y culpa con la culpabilidad es que es preferible utilizar el concepto de atribuibilidad, es analizar si la conducta humana realizada, se ha mantenido dentro del “piso” de exigencias mínimas, debajo del cual al Estado no le interesa imponer sanción, o si, contrariamente, se ha superado tal límite (Donna, 1995).

Así pues, en nuestra investigación utilizaremos la teoría del delito para verificar si aplicada a casos de prevaricato de derecho, puede sostenerse y manifestar lo establecido por la Constitución al mismo tiempo, o bien si, cuando una acción supera la teoría del delito para prevaricato de derecho se encuentran dificultades para mantener preceptos constitucionales.

2.6. DERECHOS FUNDAMENTALES

Todos los puntos que puedan desarrollarse en esta investigación tendrán como finalidad última lograr la mejor situación de respeto y protección para los derechos de los sujetos que están inmersos en el sistema jurídico; así, Ferrajoli (2006), nos explica que estos derechos fundamentales serían aquellos derechos adscritos universalmente a toda persona, lo que los hace indisponibles e inalienables, por ello, si queremos asegurarlos, será necesario

que no puedan ser disponibles por la política, ni por el mercado, además de conferirlo a todos.

Además, para identificar a estos derechos podemos identificar tres criterios, los cuales son:

- a. Primero, deberán estar garantizados como fundamentales aquellos derechos vitales que sean necesarios para la paz, la vida, integridad y libertad.
- b. Segundo, los derechos fundamentales serán aquellos ligados a la igualdad.
- c. Finalmente, estos derechos, deben ejercer su función como leyes que protejan al más débil, oponiéndose ante los más fuertes.

Estos tres criterios no son autónomos, sino que se complementan entre sí, así, la paz no simplemente se funda en un nivel de efectividad de estos derechos, sino que, también se ve amenazada por la ausencia de igualdad, a causa de distintos grupos, unos más poderosos que otros, que remarcan la desigualdad como medio de propia identidad.

El desarrollo de estos derechos humanos o fundamentales puede verse como una contienda en contra del absolutismo, primero contra el absolutismo de poderes políticos, mediante las herramientas denominadas como división de facultades o poderes, representación, legalidad; segundo, en contra del absolutismo judicial, mediante garantías penales y procesales; contra el absolutismo de los poderes administrativos y policíacos, a través de la legalidad y control jurisdiccional. Así se ha ido reduciendo también el absolutismo de poderes empresariales y económicos.

Entonces, los derechos fundamentales han ido constituyéndose como leyes a favor de los más débiles y como límites al poder.

Como apreciamos, estos derechos fundamentales para ser tales, han de garantizar mínimas condiciones para los ciudadanos, entonces, los legisladores como los operadores jurídicos, en lo concreto de cada caso, deberán asegurar estas condiciones, y así, habrá que tomar decisiones distintas para cada contexto, se requieren diversos mecanismos para asegurar las mejores condiciones de respeto y protección de los derechos humanos o fundamentales; aquellas disposiciones legales que se constituyan en un medio de limitación a los mecanismos de aseguramiento de los derechos fundamentales, serán contrarios a los fines del Estado constitucional de Derecho.

A. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO CONSTITUCIONAL

Existe una relación de suma importancia entre los derechos fundamentales y la Constitución, es así, que hemos venido conociendo como la Constitución se eleva como la norma de mayor jerarquía en el sistema jurídico, y es así que, al contemplar en ella contenidos primordiales para la génesis, desarrollo y subsistencia del ordenamiento jurídico que mantiene de pie a un Estado, no existe mejor lugar para incluir los derechos humanos que en la parte sustantiva; esta ubicación reasegura la fundamentabilidad de estos derechos.

De esta forma, la Constitución, al incluir un contenido sustantivo de derechos, deja de ser únicamente un grupo de reglas que indican la forma de creación de leyes, sino que pasa a darle al propio sistema un contenido

fundamental que servirá para guiar la creación de nuevas leyes y normas, vale decir, alrededor del cumplimiento de tal contenido de derechos.

Se aprecia una fuerte dirección de la Constitucionalidad hacia la necesidad de proteger derechos fundamentales, y como enseña María José Añón, dejando de lado, o incluso, de hacer falta, por sobre la ley; esto tiene fundamento en que los derechos humanos o fundamentales se erigen como límites del poder político. Es así que, si bien se entiende, que ningún tipo de derecho es absoluto, el contenido que poseen los derechos fundamentales, mismo que puede ser extraído de la Constitución, no puede ser cercenado por el legislador, por encima de donde la propia constitución lo permite.

No se puede pretender que la protección y respeto de los derechos humanos o fundamentales se agote, como se hacía con los denominados “derechos sociales o libertades” en la abstención por parte del poder político de generar afectaciones, sino que todo derecho fundamental requiere además la realización de acciones, como por ejemplo, la creación de normas legales que los fortalezcan, la creación de órganos, entidades e instituciones que velen por su cumplimiento y protección, y realización de acciones cuya falta se constituiría como omisiones en su protección (Añón, 2002).

Como vemos, estos derechos no son simplemente objetivos estatales, ni son únicamente temas de desarrollo de futura norma, sino que, desde su positivización, se constituyen como fundamento de la propia existencia para un Estado, de este modo, el Estado crece y se fortalece para incrementar su propia capacidad de proteger a los derechos fundamentales, los mismos que a su vez constituyen un límite de acción, ya que ningún ente que va contra su idea fundamental, debe subsistir.

Cuando hablamos de Estado, no nos referimos a gobierno, como observamos al estudiar a Guastini, ya que la Constitución es aplicable en todas las relaciones que se dan al interior del Estado, tanto entre particulares, como entre los órganos de gobierno, de este modo ningún ámbito al interior del Estado deberá de ser desarrollado sin estar influido por la Constitución, y, por supuesto, bajo la búsqueda de protección y desarrollo de cada derecho fundamental aplicable a cada circunstancia en concreto.

B. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para Ferrajoli, el fundamento que da sustento a los derechos fundamentales puede apreciarse desde las dos principales conquistas del siglo XIX:

Primero, la rigidez de las Constituciones, que le confiere límite a la propia Democracia. La Constitución, al tener esta característica de rigidez, pone límites a todo tipo de poder, incluso al poder de la mayoría, evitando la degeneración de la Democracia en situaciones de poder totalitario.

Así, el principio de legalidad deja de ser únicamente condicionante, para también estar condicionada ella misma. La capacidad de los Estados de promulgar normas ya no está delimitada únicamente por la forma en que debe ser producida, sino que también respecto al contenido que puede desarrollar, en la coherencia que debe existir entre la nueva norma y el previo sistema jurídico existente. De esta manera, el cambio más importante de este fenómeno es la transformación del vínculo entre derecho y política, pasando de la previa relación en la que, el derecho era un instrumento de aplicación de la política, a una situación contraria, en la que la política es el instrumento de aplicación de derecho. Bajo este paradigma, las Constituciones se constituyen como un programa político a futuro (al no ser modificables

fácilmente), que contienen una visión de lo esperado, visión, donde los derechos fundamentales, como condiciones adecuadas para la vida, tienen una gran presencia; es decir, las Constituciones rígidas tienen el mismo norte que persiguen los derechos humanos o fundamentales.

La Segunda de ellas, fue la Carta de Las Naciones Unidas, que constituyó una especie de contratos entre Estados, que previamente solo se basaban en la fuerza militar para interrelacionarse, con consecuencias devastadoras; es así, que la firma de este verdadero contrato, tuvo como bases el prohibir el uso de la guerra y comprometió a los países firmantes el respeto de los derechos fundamentales. Entonces la razón fundamental de la exigencia del respeto de los derechos fundamentales es mantener la paz entre los Estados.

Además, el hecho de entender a un derecho fundamental como “la ley del más débil”; hizo necesario quitarles a los poderosos, la capacidad de disponer de la vida, la salud, y la libertad de los más débiles. De ese modo, las Constituciones, no tienen como fin representar la identidad de una Nación, sino la de asegurar condiciones mínimas de supervivencia de todos sus integrantes, y de asegurar la paz; incluso dejando un poco de lado la búsqueda de los intereses de la mayoría (Ferrajoli, 2016).

Estas dos ideas, para Ferrajoli, sirven para entender como parte de las Constituciones de los Estados modernos al fundamento de la existencia de los derechos fundamentales, es así que la falta de tales en los modelos de gobierno de los Estados previos, podría relacionarse con la situación que propició la Segunda Guerra Mundial.

2.7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES OBJETO DE ESTUDIO

2.7.1. POTESTAD DE CONTROL DIFUSO – TEORÍA DEL CONTROL CONSTITUCION

El control constitucional es la institución jurídica que busca salvaguardar la Constitución ante la actuación de los operadores jurídicos y legisladores.

A. Antecedentes

Como manifiesta Fernández Segado (1999), en su obra “El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: Crónica de un fracaso anunciado”, la primera ocasión que el denominado “control de constitucionalidad” fue referido en nuestro Estado, fue ya desde los inicios de la vida del Perú, cuando Simón Bolívar en su mensaje al Congreso Constituyente de 1826, donde hizo notar la necesidad de establecer mecanismos de control de constitucionalidad frente a las manifestaciones del poder político; sin embargo tal mecanismo no se vio implementado realmente.

Es recién con la Constitución Política de 1856 cuando se estableció como el principal mecanismo o instrumento utilizado para asegurar que las normas de la Constitución primen sobre cualquier otro tipo de norma que sea contraria a ellas.

Más adelante, el Código Civil del año 1936 establece en el Art. XXII: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere a la primera”.

En este artículo se puede notar que tal prohibición iba dirigida a los operarios jurídicos, sin embargo, tal precepto, al ser de aplicación exclusiva del derecho privado, y no del derecho público, quedó dejado de lado y no fue realmente aplicado.

Luego, en 1963, mediante el “Decreto Ley N°14605” se llegó a establecer dos mecanismos diferenciados de control constitucional, el primero de ellos para las normas de rango legal, y otro para las normas de rango infra legal, sin embargo, estos mecanismos nunca llegaron a ser aplicados debido al golpe de Estado de 1968.

Ya para el año 1979, ante la extendida desconfianza existente frente a los Jueces, el Congreso Constituyente procedió a crear el denominado “Tribunal de Garantías Constitucionales” en el Artículo 296 de la Constitución, y que posteriormente sería reglamentado mediante Ley N.º 23385 de 1992. A pesar de tal avance, este Tribunal tenía potestades muy limitadas, frente a, la aún más limitada, capacidad para acudir ante tal Tribunal, generó una serie de duras críticas a cargo de los entendidos de esa época. Así en el tiempo en que este Tribunal existió, entre 1983 - 1992, nos dice el autor, solo conoció 15 acciones de inconstitucionalidad de las cuales solo se alcanzó el número de votos necesarios para dictar sentencia en diez de ellos.

B. Tratamiento actual del control constitucional

Después del debate del 12 de agosto de 1993 del Pleno del Congreso Constituyente, inició la constitucionalización del Tribunal Constitucional, ello en el artículo 201 de la Constitución Política de 1993, aquí, se caracteriza este tribunal como ese ente encargado del control de la Constitución, haciendo referencia en realidad al control de la adecuación de las leyes a las normas de la Constitución; sin embargo, también paralelamente, en su artículo 138, segundo párrafo se estableció que en cualquier proceso, al advertir incompatibilidad existente entre una determinada norma de rango constitucional con una de rango legal, los Jueces deben dar prioridad a la Constitución, dejar de utilizar la ley incompatible, únicamente en el caso específico que realizan el respectivo análisis, pues como se entiende, los Jueces no tienen la potestad para realizar acción de inconstitucionalidad de una ley.

Observamos pues que, bajo nuestro actual modelo constitucional, existirían paralelamente dos tipos de Control de Constitucionalidad, por un lado, el que únicamente puede realizar el Tribunal Constitucional, denominado control concentrado en función a que tal potestad únicamente la concentra el Tribunal Constitucional; y, por otro lado, el denominado control difuso, que puede llevar a cabo cada uno de los Jueces en todos los Juzgados en el país.

Para nuestro caso, el tipo de control de constitucionalidad que utilizaremos y en el que centraremos nuestros esfuerzos será el control difuso.

C. El control difuso de constitucionalidad

Como hemos anotado previamente, el control difuso, como potestad, se encuentra constitucionalizado en el art. 138 de nuestro Catálogo Constitucional de 1993, y corresponde a los Jueces y/o Fiscales, así, en primer momento, conviene referirnos a la vigencia de una norma legal, Castillo Calle (2012) enseña, éste es un concepto eminentemente formal, es decir que su promulgación haya seguido las reglas establecidas para ello, y no en base a si es legítima o concordante con las otras normas del sistema jurídico donde existe.

Lo anterior nombrado se puede utilizar para afirmar que, para la existencia de control difuso, como es evidente, se requiere que la norma a inaplicar debe estar vigente, mas no se debe confundir la vigencia de la norma con su adecuación a la Constitución; la vigencia solo importa fundamentos del cumplimiento de las formalidades establecidas para la promulgación de la norma; y, justamente es ahí, luego de verificada la vigencia de la norma, donde aparece la potestad del Juez o Fiscal de controlar que tal norma de rango legal, es incompatible con los preceptos constitucionales.

Es importante, además, dejar establecido, que si bien, los Jueces y Fiscales tienen tal potestad de realizar control difuso de constitucionalidad, solo pueden inaplicar la norma legal dentro de un caso en particular, es decir, que deben verificar que, en las condiciones específicas de su caso, aplicar la norma legal resultaría inconstitucional; y no porque tal norma de rango legal sea inconstitucional en todos los supuestos.

También, como la Sala Penal Permanente (2018), en la R. N. N.º 273 – 2018 Huánuco establece, para que un Juez pueda realizar control difuso de constitucionalidad, se hace necesario que fundamente de modo adecuado tal decisión.

a. Defensores y Críticos del Control Difuso

Como toda norma en un Estado Democrático, el control difuso de constitucionalidad tendrá detractores y defensores, así, Pons (2008), nos enseña que respecto a esta potestad se pueden identificar algunas posiciones fundamentales, las cuales son:

i. Una defensa general. Pons nos enseña que es Dworkin uno de los doctrinarios más resaltantes que sostienen esta teoría, así él manifiesta que, si bien la Democracia no establece que los jueces tengan la última palabra, tampoco insiste en que no la tengan; para salvar la dificultad de que, si los Jueces no han sido elegidos por los ciudadanos no pueden dejar sin efecto una norma dada por los representantes de tales ciudadanos; este doctrinario razona que la finalidad de la Democracia no es que las decisiones sean tomadas por los representantes de los ciudadanos, sino que el objetivo de la Democracia es asegurar status legal de igualdad para los miembros de la sociedad; de ese modo, que los Jueces tengan esa facultad de decisión, no es una contradicción a la Democracia (Pons, 2008).

ii. Una crítica general. Pons nos dice que Waldron es el representante de esta posición, refiriendo que el control judicial es una institución cuestionable en cualquier sociedad libre y democrática. Para formular el planteamiento de esta posición se tienen cuatro ideas, la primera es que existe una legislatura representativa elegida por el pueblo, la segunda es que existen instituciones judiciales que no son elegidas por el pueblo, la tercera es que existe compromiso de la sociedad y funcionarios con los derechos individuales, y la cuarta es que existe desacuerdo entre los miembros de la sociedad respecto a los límites y alcance de los derechos. En este caso, el desacuerdo siempre existirá, pero la sociedad necesita una respuesta para saber la dirección por la cual se debe conducir; los más idóneos para decidir tal dirección son los legisladores, al ser elegidos por el pueblo, los Jueces lo serían también, pero solo si se pudiese demostrar que actúan siempre de acuerdo a criterios establecidos (como principios jurídicos) y no a fines egoístas, y que pueden hacerlo mejor que los legisladores (Pons, 2008).

Sin embargo, la oposición contra el control judicial no se sostiene, al menos, no completamente, porque tanto el procedimiento legislativo como el razonamiento judicial son procedimientos falibles, casos en los que deberá preferirse aquel que dé una mejor protección y respeto a los derechos, de modo que, acorde a las condiciones específicas de cada caso, deberá utilizarse uno u otro tipo de control, lo que se ve materializado en los dos tipos

de control constitucional que coexisten en los ordenamientos jurídicos actuales.

b. Fundamento de la potestad de control difuso de constitucionalidad

Si bien nuestra investigación no se referirá directamente al control difuso de constitucionalidad, consideramos que se hace obligatorio recordar que el fundamento de la existencia del control difuso, al igual que del control concentrado, está en la jerarquización de normas, esto, de acuerdo a la conocida Pirámide de Kelsen, las normas del Bloque de Constitucionalidad se encuentran por encima de las normas de rango legal, por lo cual, las segundas deben obedecer los criterios establecidos por las primeras.

2.7.2. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL

Pereira Menaut, enseña que un principio implica una realidad jurídica que trasciende a las normas escritas, y de por sí contienen sabiduría jurídica condensada. Estos principios habrían tenido génesis ya desde el derecho romano, más aún, en la época del emperador Justiniano, donde, se hacían breves aclaraciones a los textos legales, ello con la finalidad de ayudar a su interpretación, y comunicar de modo claro su sentido; tal tradición se transmitió a través de los años, llegando a nuestros días (Pereira Menaut, 2011).

Así, los principios constitucionales son los preceptos jurídicos que dan forma a la Constitución tal como la conocemos, y que permiten su interpretación de modo adecuado, sin confundirse en el mar de palabras y definiciones, y permitiendo llegar a buen puerto interpretativo.

De acuerdo a Krzywón (2020), para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el principio de independencia judicial, está relacionado directamente con el sistema de derechos fundamentales, con la tutela jurisdiccional efectiva y con la protección de la separación de poderes; además, para que pueda verificarse su existencia, la independencia judicial debe tener manifestaciones apreciables externamente, como es la autonomía de la institución judicial, lo que implica no recibir órdenes de otra entidad, y la inamovilidad, que significa que los Jueces solo puedan dejar de ejercer sus funciones por edad de jubilación (salvo casos excepcionales), por otro lado, la independencia judicial debe tener manifestaciones internas como la imparcialidad, que se da al interior del proceso y con las partes judiciales, criterio que implica a la objetividad y a la ausencia de intereses particulares; sin embargo, resulta muy difícil diferenciar a la independencia de la manifestación de imparcialidad, por lo que se habla de ambas en conjunto como la garantía de independencia e imparcialidad,

A. Principio de autonomía e independencia jurisdiccional en Perú

La tradición nos ha hecho asimilar como propias, constantes e inmutables las ideas que fueron organizadas y expuestas por Montesquieu antes de la revolución francesa, estas son la

separación de poderes, con el judicial, ejecutivo y legislativo.

En el Perú, esa independencia y autonomía es aceptada porque somos un Estado de tipo democrático, modelo de Estado donde existe una separación e independencia de poderes. Por este motivo, en el art. 139 inciso segundo, de nuestra Constitución está plasmado esta independencia, la cual se traduce como una facultad de autodeterminación, para actuar conforme al sistema jurídico, juzgando y velando por el acatamiento de lo juzgado, siempre dentro del marco de la legalidad, tanto constitucional como legal. En puridad, se define como una situación de “albedrío funcional” (Chanamé Orbe, 2015).

En ese sentido, también vale para el Perú lo que sucede en México, en ese sentido, la autonomía que tienen los jueces implica una potestad para decidir la forma de resolución de un caso siguiendo los lineamientos legales; tiene, además, relación estrecha con la imparcialidad que debe iluminar su actuación en todos los casos. Esta capacidad debe ser libre, integral y proba; además de estar orientada a “no depender de nadie”; ello porque, si la independencia/autonomía judicial está mutilada, la correcta Administración de Justicia también lo estará. (Salgado Ledesma, 2013).

Su autonomía entonces implica la condición de que al Juez no se le deba exigir que decida de una determinada forma u otra, es decir que debe ser libre de decidir de forma íntegra y proba. Pero, por otro

lado, en un estudio empírico que involucró a Jueces de La Libertad y de Lima, los resultados fueron preocupantes, por cuanto ellos, en su mayoría manifestaron, como indica Salazar Lizárraga:

La normatividad constitucional y orgánica otorga autonomía a los órganos judiciales, pero en la práctica no goza de plena autonomía política, administrativa, económica y disciplinaria y no existe realmente un Estado social-democrático. En cierto número de casos, los Magistrados se apartan de sus principios o criterios debido a la presión política de los grupos de poder (p. 159).

El principio de autonomía/independencia judicial puede ser encontrado en la Constitución, en el segundo inciso del art. 139: "(...) Ninguna autoridad puede (...) interferir en el ejercicio de sus funciones (...)". También, en el inciso primero, artículo 146, se establece que "(...) El Estado garantiza a los Magistrados Judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley (...)". Omar Sar; Gino Ríos; Ernesto Álvarez (2013), señalan que en la STC 2465-2004-AA/TC el Tribunal estableció: "(...) expresa un mandato para que, en todos los poderes Estatales, los particulares, e incluso, al interior del propio Poder Judicial, se garantice el respeto de la autonomía/independencia de los Jueces en el desarrollo de sus funciones (...)". En ese sentido "la independencia jurisdiccional debe ser dilucidada como aquella potestad de autodeterminación para declarar el derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo decidido, dentro de los límites que fija la Constitución y la norma legal" [STC 023-2003-AI/TC].

Nuestro Tribunal Constitucional, en el STC 0004-2006-PI/TC, estableció que concurren dos dimensiones donde se desenvuelve la

autonomía/independencia jurisdiccional; primero, la externa según la cual su autoridad no está supeditada a otro órgano, a excepción, por supuesto, de los supuestos donde se requiere aplicar un medio para la revisión de decisión adoptada en la primera instancia; y, segundo, la dimensión interna, que establece que su función como autoridad judicial, no puede, bajo ningún motivo, regirse bajo intereses de algún tipo de órgano de gobierno al interior del Poder Judicial.

Aunque apreciamos como tal principio constitucional tiene un nivel alto de valor para la aplicación de las normas jurídicas en nuestro Estado, el Tribunal Constitucional, establece que su ejercicio no puede realizarse irrestrictamente, sino que siempre deberá estar supeditado al ordenamiento jurídico vigente, sobre todo al cuerpo normativo constitucional, el derecho de igualdad en la aplicación de la ley, que constituye una garantía para que una misma norma, ante casos de aplicación similares se aplique de modo igualmente similar. (Omar Sar, 2013, p. 572).

La Independencia judicial se establece por el “status” que les otorga la ley para cumplir adecuadamente las funciones que les fueron confiadas. Omar Sar; Gino Ríos; Ernesto Álvarez (2013) señalan que El T.C. de España ha indicado, reiteradamente, que la independencia judicial de los Magistrados no se determina por su origen o forma de nombramiento, sino por el estatuto jurídico que les otorgue la normativa en y para el desarrollo de sus atribuciones: “El principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales,

sino precisamente por el status que les otorga la ley. Son precisamente las alegaciones expuestas en relación con dicho estatuto jurídico las que deben ser, finalmente, objeto de consideración. [Tribunal Constitucional Español, Sentencia N.º 204/1994, FJ 8.].

De esta forma, se consideró que la garantía de independencia de quienes ejercen función jurisdiccional, no está fundada en su origen, más bien tiene fundamento en las garantías que le otorgue la ley con la finalidad de poder cumplir sus funciones.

En estas circunstancias, se hace evidente que es de gran importancia tratar de mantener la autonomía de los Jueces y fiscales, sobre todo, por ser la finalidad de esta investigación, ante la posible vulneración que esté ocasionando el delito de prevaricato de derecho en nuestro país.

Ahora si bien, en el Perú se considera a la autonomía e independencia de los Magistrados, tanto Jueces como Fiscales, como una condición fundamental para aplicar derecho, evidentemente, esta no es, en realidad, una garantía dada en beneficio de ellos, sino que existe para proteger al ciudadano, de este modo la independencia, en realidad, puede verse también como un deber.

Como enseña Aguiló Regla (2012), existen dos tipos de deberes para los jueces, primero, el deber o garantía objetiva, que se identifica con el deber legalidad o de aplicar el derecho existente, y

segundo, el deber o garantía subjetiva que incluye al deber de independencia y al de imparcialidad. La independencia se refiere al deber del Juez de no permitir influencias externas en el proceso, mientras que la imparcialidad lo obliga a asegurar que no existan influencias internas en la decisión del proceso.

Son estos tres deberes los que deben verificarse para que la actuación judicial cumpla con su razón de ser en la vida jurídica del Estado, así si se decide basado en la garantía objetiva de legalidad, pero sin la garantía de imparcialidad e independencia las decisiones adoptadas devienen en ilegítima y con una simulación de corrección para seguir fines ajenos al derecho. Este resultado, sin embargo, puede dar una herramienta estratégica para influir en el proceso mediante la acusación falsa de falta de independencia, es por eso que el Juez consciente de sus deberes de independencia e imparcialidad, deberá de tener especial cuidado con la presentación de la motivación de sus resoluciones, con base en la garantía objetiva de legalidad, y con la cuota de discrecionalidad mínima necesaria.

B. Independencia jurisdiccional según la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La independencia jurisdiccional, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001, Fundamento 75), supone “un adecuado proceso de nombramiento, con una establecida duración en el cargo y con una garantía contra presiones externas”, de esta forma se aprecia que tal independencia es realmente importante, al grado de

generar puntos críticos de decisión en problemática relacionada a derechos fundamentales.

Si bien se aprecia que la independencia de la que gozan los Magistrados es una condición imprescindible para la adecuada protección y desarrollo de los derechos fundamentales y el respeto al texto Constitucional en los Estados Modernos, la fuerte presión que se sufre por parte de los sujetos con poder político y de otras figuras de poder al interior de los gobiernos no ha pasado desapercibida, tan es así, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha visto en la necesidad de presentar el informe denominado “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia”.

En este informe, la CIDH (2013), explica la situación de la precaria condición en la que se halla la independencia de los Magistrados en los países de nuestra región, y cuáles son las garantías que se deben considerar para reivindicar este importante principio de la función jurisdiccional, siendo criterios importantes para comprender, en el presente trabajo, las formas en que se afecta la independencia jurisdiccional, y tratar de identificar si alguno de esos mecanismos se identifica con nuestro objeto de estudio.

a. Informe de la CIDH: Garantías para la independencia de los y las operadores de justicia.

La CIDH parte de la “Convención Americana de Derechos Humanos en la cual se estableció que toda persona posee el

derecho de obtener esclarecimiento de los hechos vulneradores de sus derechos, a través de una adecuada investigación y juicio; en consecuencia, los sujetos que tienen participación fundamental en estos procesos deberán poseer la garantía de independencia, considerando entonces a Jueces y Fiscales, otorgándoles el rol fundamental de salvaguardar los derechos fundamentales a nivel judicial, y eliminar la impunidad.

La CIDH establece como una garantía del debido proceso a la independencia de los operadores de justicia, que se desenvuelve en dos ámbitos, el primero de ellos es la dimensión institucional, donde se analiza el grado de independencia que las instituciones (como Poder Judicial y Ministerio Público) deben de gozar frente a los otros órganos estatales, por lo cual se debe asegurar la adecuada delimitación de funciones del Poder Judicial, mismas que no deben ser confundibles con las funciones del Poder Legislativo, ni del Poder Ejecutivo; y que éste último no debe tener capacidad de dirección ni de control sobre el Poder Judicial. La segunda dimensión, se refiere a la independencia a nivel funcional, por la cual ésta se desenvuelve individualmente, otorgando la capacidad a los operadores, de desenvolver libremente sus funciones al interior de la entidad.

a) Independencia para los Jueces, reconocida como una “costumbre internacional y principio general del derecho”, se considera como una condición básica para desarrollar el derecho fundamental de acceso a la justicia, y por ello, debe

ser debidamente garantizada por los Estados (positivizada en la Constitución y desarrollada en el ordenamiento de menor jerarquía), la CIDH ve con preocupación, como en países americanos existe una subordinación del Poder Judicial a los otros poderes, que generalmente es disfrazada como “colaboración o cooperación”, situación que puede poner favorecer a la imposición de comportamientos o decisiones por parte del Poder Judicial para ajustarse a las políticas del gobierno de turno, por lo cual la CIDH incide en la clara separación del Poder Judicial respecto de los demás Poderes del Estado. Esta independencia, entonces, debe ser respetada, partiendo una adecuada normativa al respecto y de que no existan intentos de injerencia por parte de los otros poderes, ya sea mediante cuestiones presupuestarias, mecanismos de designación de Magistrados, procesos sancionadores, y, en el respeto de los “procesos de deliberación, decisión y funcionamiento general” de los Magistrados.

- b)** Independencia del Ministerio Público. Este punto va a depender de la particular configuración normativa que posea esta institución en cada país, con la que se le confiere su grado de autonomía funcional y presupuestaria; sin embargo, el rasgo común es la inminente importancia de la investigación en la persecución del delito, razón por la que se debe evitar a toda costa que las relaciones de dependencia que pueda

tener esta institución con otros órganos o entidades estatales interfiera en la actuación e impulso que desarrolla dentro de las investigaciones y sus procesos. Por ello, la CIDH manifiesta que los Ministerios Públicos/Fiscalías, no deben estar en una relación de subordinación ante el Poder Ejecutivo, a los órganos parlamentarios, ni al Poder Judicial.

Para finalizar con el Informe, y al respecto de la independencia que los operadores de la Administración de Justicia deben poseer para el desempeño de sus funciones, la CIDH (2013) establece determinadas recomendaciones, de entre las cuales, rescataremos, por ser de utilidad para nuestros fines, el número 22, en la que se establece que los Estados deben abstenerse de establecer como causales de disciplina actuaciones relacionadas con el juicio o criterio jurídico que desarrollen las y los operadores de justicia en sus resoluciones.

b. CIDH: Caso Cordero Bernal vs. Perú.

Consideramos este caso como un punto importante de referencia, pues en él la CIDH realiza precisiones de hasta qué nivel llega el control de las resoluciones judiciales, y empieza la vulneración a la independencia de los Magistrados.

Así pues, la CIDH ventila la presunta violación de los derechos del Magistrado Cordero Bernal, en el marco de un proceso disciplinario que culminó con su destitución, al haber ordenado la

libertad de dos procesados por tráfico ilícito de drogas, posteriormente la Oficina de Control de la Magistratura realizó procedimiento sancionador, concluyendo que el Magistrado había atentado gravemente contra la dignidad de su función, y contra la respetabilidad del Poder Judicial, por lo que fue destituido (Sentencia del 16 de febrero de 2021, fundamento 26 al 42).

Si bien esta Sentencia desarrolla varios conceptos para solucionar la problemática, hagamos referencia a los puntos que pueden ser de importancia para nuestro trabajo, es decir, los relacionados a la posible violación de la independencia judicial como garantía, así la CIDH, al respecto menciona que la normatividad dirigida a la sanción de los malos Magistrados debe estar iluminada por la búsqueda de salvaguarda de la función jurisdiccional, realizando un análisis de los Magistrados, pero solo respecto del desempeño mostrado en el desempeño de sus funciones; por lo que se debe tener especial cuidado al utilizar calificaciones tan abiertas como “dignidad o decoro en el ejercicio de las funciones”; se deberá demostrar una adecuada motivación (de acuerdo al art. 8.1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos¹) de las sanciones, que se vea caracterizada por una adecuada interpretación y razonamiento, además de proporcionalidad; ello a fin de evitar exponer los procedimientos sancionadores a creencias de tipo moral o particular, de las que pueda estar cargado el juzgado, al momento de decidir.

En el caso particular, la CIDH consideró que la OCMA manifestó de forma detallada, las irregularidades encontradas tanto en el nombramiento del Magistrado, como en su decisión; que la conducta habría sido grave debido a que, su decisión fue precipitada y completamente irracional, no cabiendo la posibilidad de realizar una revisión de la misma, ya que ello, presupone la base de un razonamiento con sentido común y jurídico, que en el caso no existe; ya que la decisión del magistrado se realizó sin haber respetado el plazo para la misma y sin una valoración en conjunto de la prueba. Y, si bien, los hechos analizados se relacionan a una resolución judicial, no se cuestionó a la decisión en sí, sino que al proceso por el cual se tomó, proceso irracional y sin lógica.

En ese sentido, la destitución del Magistrado, aun utilizando criterios abiertos como la “dignidad y decoro” de la función jurisdiccional no devendría en una vulneración de la independencia jurisdiccional, al cumplir con las condiciones de una adecuada motivación y el uso de razonamiento jurídico y común. (Sentencia del 16 de febrero de 2021, fundamento 84 al 86).

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”.

No profundizaremos en el tratamiento y análisis de todos los criterios utilizados por la CIDH, ya que muchos de ellos escapan al objeto de nuestro estudio, pero resulta importante recalcar, que, en cuanto a la vulneración de la independencia judicial, la CIDH es clara al manifestar que para que la sanción a un Juez no sea vulneradora de tal garantía, habrá de cumplir requisitos específicos como, no estar centrada en la decisión, sino en el proceso de toma de la decisión, de realizar una pormenorizada motivación de las razones de la sanción; uso de racionalidad; y proporcionalidad de la sanción; además podemos verificar que se valida la sanción debido a que el Magistrado Cordero Bernal, tomó una decisión absolutamente irracional y sin considerar las pruebas existentes; de todo ello podemos apreciar, que, para que una decisión judicial sea merecedora de sanción, sin vulnerar la independencia judicial, ha de revestir fuertes e indiscutibles características de irracionalidad, falta de sentido común y vulneración del debido proceso (falta de valoración de la prueba); *contrario sensu*, de no revestir estas características, una sanción a un Magistrado (como la destitución) por una decisión judicial, que aunque, equivocada, presente mínimas características de racionalidad, lógica y respeto del debido proceso, será vulneradora de su independencia jurisdiccional.

c. Importancia para nuestro trabajo

Para concluir, este principio es una de condición indispensable para poder hablar del debido proceso en la Administración de

Justicia, una condición necesaria para la existencia del derecho de acceso a la justicia, y que, en los países de nuestra región se ve constantemente amenazada, ya sea a nivel institucional, como a nivel funcional, por las injerencias del poder Ejecutivo, poder Legislativo, órganos y entidades varias de los Estados, situación crítica, que ha llevado a organismos internacionales a presentar informes como el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se desarrollan las garantías necesarias para asegurar la independencia jurisdiccional, abarcando temas desde la normativa que permita la autonomía de los operadores jurídicos, tanto a nivel de autonomía, como de presupuesto, la forma de nombramiento, ascenso y destitución de los magistrados; y en el desempeño de sus funciones.

Entonces, que los Estados, con el objetivo de dar protección al derecho de acceso a la justicia, deben llevar a cabo todas las medidas necesarias para asegurar esta independencia jurisdiccional, positivizándola en las Constituciones, y además, desarrollando su contenido legal; por lo que si encontráramos un determinado dispositivo legal que impida su normal desarrollo, o lo contradiga, deberá ser modificado y/o adecuado para subsanar la posible situación vulneradora.

2.7.3. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO PENAL

Los conceptos que hemos expresado para los principios constitucionales, también se aplica a los principios jurídico legales, pero en modo más específico, así, si los principios constitucionales pueden, y

deben dirigir la aplicación del derecho constitucional y de todas las formas y rangos del derecho; los principios jurídico penales reducen su campo de aplicación a las normas del derecho penal, tanto sustantivas como adjetivas.

Nuevamente, estos principios trascienden a las normas penales existentes, y ayudan a su correcta interpretación; así, estos principios son varios, pero nos centraremos en el de mínima intervención.

Desde una visión general, la mínima intervención del derecho penal obedece a que, al constituirse como la manifestación más dura del derecho, pues implica una pena para quién rompa con las prohibiciones, este derecho no puede aplicarse siempre como primera opción, sino que su aplicación es última, de ahí que deba intervenir en los más mínimos de casos.

Es probablemente uno de los principios de mayor importancia, que fundamentan Derecho Penal, ello por su mayor contenido ético, filosófico y jurídico.

Este principio recibe el nombre técnico de *ultima ratio*, al establecer que el poder punitivo del Estado, no puede intervenir en todo sino únicamente en los de ultima razón, como última causa. Consecuencia de esto se especifica que se configura con un par de significados (Wolterskluwer, 2018).

En el primero se precisa que las sanciones penales solo deben recaer contra las acciones que fundamentalmente no encuentren sanciones de otros medios, pero también significa esto que debe existir tolerancia para

ilícitos leves. En el segundo significado este principio remite a su uso únicamente ante el fracaso de otros mecanismos, es decir un último recurso.

Con la intención de ser más precisos también será útil la definición brindada por Monroy Rodríguez, quien explica como este principio constituye un límite al *ius puniendi* que ejerce el Estado, primero, al orientar la protección de aquellas condiciones mínimas para el normal funcionamiento y progreso de las sociedades, únicamente para aquellas amenazas realmente graves; y únicamente cuando los demás medios de control social y ramas del derecho no hayan podido ser efectivas (Monroy Rodríguez, 2013).

El principio de mínima intervención lo integran dos postulados fundamentales: primero, el respeto al carácter fragmentario que debe poseer el Derecho Penal; la característica de última ratio; y finalmente su naturaleza accesoria. Se nota que esta es una definición compleja porque ella también recoge la proporcionalidad.

i. Aspectos Históricos.

El ideal que se busca o que se debería buscar alcanzar mediante el uso del poder penal, es la paz social, tratando de crear un sistema jurídico, donde se ampare los derechos humanos/fundamentales, y que ayude a impedir los estados autoritarios y dictatoriales, siendo esto la base sobre la cual debe descansar la potestad del *ius puniendi* estatal (Francisco Muñoz Conde, 2015).

Así, la naturaleza de este principio, es a la vez jurídica y política, mientras su nacimiento debe ser buscado con mucha cautela; comúnmente, se establece en el siglo XVIII, coincidente con el pensamiento ilustrado de la Revolución Francesa, en el que, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado por los representantes seleccionados popularmente y para abandonar un Derecho divino o derivado del más allá (“Rey por la gracia de Dios”).

A partir de aquí, se empieza a considerar al Derecho Penal como un medio de defensa de las condiciones mínimas que aseguren las posibilidades del normal desarrollo de las sociedades, y estar destinado únicamente para aquellos ataques más radicales contra estas condiciones mínimas (bienes jurídicos) y únicamente bajo los criterios establecidos legalmente. Lo cual no se ha alcanzado todavía, sigue siendo un ideal, porque en la práctica no se cumple, sin embargo, al ser reconocido así, se puede decir que representa un adelanto del Derecho penal respecto del antiguo régimen. Actualmente, debido al aumento de la criminalidad, el Estado se limita solamente a aumentar gravemente las penas. Esto supone una real amenaza de la dignidad y los derechos humanos o fundamentales.

Una de las salidas que tenemos para reducir la situación problemática de la aplicación adecuada del derecho penal, es asegurar la vigencia tanto formal como material del principio de mínima intervención.

Al respecto, Muñoz Conde, enseña que este principio, de mínima intervención, debe establecer garantías de un derecho penal mínimo, es decir, que únicamente se exprese a mínimas intervenciones en la sociedad, ello con el fin de proteger la libertad de las personas miembros de la sociedad. (Muñoz Conde, 1975).

Ello trae como consecuencia, que el Derecho Penal solo debe intervenir en los casos donde no están previstas o no sea suficiente otras sanciones establecidas por otras ramas jurídicas. En consecuencia, en caso de perturbaciones insubstanciales del orden social estas deben tratadas por otras ramas del Sistema Jurídico, evidenciándose aquí, que el Derecho Penal tiene carácter subsidiario.

Segundo, se debe mantener en mente que, en base a este principio, la razón de existir del Derecho Penal, no es asegurar todas y cada una de las condiciones mínimas para la subsistencia y progreso de las sociedades, conocidos como bienes jurídicos, ni tampoco protegerlos frente a cualquier ataque, sino que solo ha de intervenir ante los ataques más graves. Por ello conocemos que el Derecho penal se caracteriza por ser fragmentario. Afirmándose a partir de ahí que, por este principio, se debe prescindir de una sanción penal y aplicar una menos gravosa.

ii. La subsidiariedad del Derecho penal

La función protectora de bienes jurídicos le es intrínseca al Derecho penal como a todo ordenamiento jurídico, pero solo una parte y en todo caso la última en casos cuando no lo puede hacer las otras ramas

del Derecho, es por esto que los doctrinarios enseñan cómo el Derecho Penal tiene carácter subsidiario.

Se puede concluir hasta aquí, que aun cuando se trate de proteger las condiciones mínimas que permitan el normal desarrollo y funcionamiento de una sociedad, no se debe accionar al Derecho Penal, si antes no se ha recurrido a otros medios de control social, entre ellos, otras ramas menos lesivas del derecho.

Cuando nos referimos a esta característica de subsidiariedad del Derecho Penal, no significa que esta rama del derecho sea de poca importancia, o que sea dependiente de las otras, sino a que su accionamiento debe ser la última opción, el recurso final (*ultima ratio*).

Ferrajoli (2016), por su parte nos explica que, ante la crisis actual de regresión que experimenta el derecho penal, donde se castigan penalmente, cada vez más acciones que antes no eran tratadas por el *ius puniendi*, sino por distintas ramas del ordenamiento jurídico, o bien, por medios de control social distintos; se hace necesaria una lucha cultural y política hacia una política de derecho penal garantista, caracterizado por una mínima intervención, tratando de restaurarlo en su naturaleza de medio de control social realmente costoso, y a la vez, el medio más débil para la reducción de la violación de bienes jurídicos, no por las bajas penas, sino porque, la propia pena no es un medio eficiente para su aplicación a gran escala.

Siguiendo esta línea, Ferrajoli indica que se pueden desarrollar tres distintos grupos de indicaciones. El primero, hace referencia a la constante búsqueda de un “interés general”, que pueda responder a los nuevos desafíos de nuestro mundo; ello en todos los niveles, entre los cuales, evidentemente está incluido el derecho penal. Como ejemplo de este primer grupo de necesidades podemos encontrar la fundación de la Corte Penal Internacional, y su conocida competencia en los crímenes de lesa humanidad. Ello reafirma que el derecho penal, está destinado a delitos de mucha gravedad, delitos que exige la inmediata intervención del derecho penal, pero para aquellos otros delitos que no son graves están destinados otros medios de sanción, menos lesivos, pero que son correctivos y eficaces.

En un segundo orden, podemos encontrar, la necesidad de reducir al derecho penal, en su aspecto sustantivo, a una expresión mínima, ello, pues no se puede dejar de lado el nexo indisoluble entre el derecho penal mínimo, eficiencia y garantismo. Eso es así, porque únicamente un derecho penal que deje de lado la penalización de violaciones leves a los bienes jurídicos, podrá poseer las garantías necesarias para un adecuado funcionamiento de los órganos judiciales y confianza en ellos. Estamos de acuerdo con Ferrajoli, en razón que los que estamos en la labor de la Magistratura, vemos a diario todo tipo de casos, pero no todos afectan del mismo modo a los bienes jurídicos, solo son algunas de las conductas investigadas, las que realmente afectan los derechos fundamentales y/o bienes jurídicos; como ejemplo de conductas que evidentemente son graves

y deben ser tratadas penalmente, son los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, tráfico de drogas, crimen organizado; donde realmente se deberá accionar el poder punitivo del Estado, en pro de salvaguardar el correcto desarrollo y funcionamiento de las sociedades.

En tercer orden, respecto a los criterios que se deben corregir, habrá que referirnos al proceso penal en sí, ello por cuanto, debido a la propia naturaleza del proceso penal, presenta un cierto grado de discriminación, por el que, los sujetos más pobres son aquellos que son mucho más fácil castigables, al no tener los recursos para ejercer su defensa.

Desde una visión general, la mínima intervención del derecho penal obedece a que, al constituirse como la manifestación más dura del derecho, pues implica una pena para quién rompa con las prohibiciones, este derecho no puede aplicarse siempre como primera opción, sino que su aplicación es última, de ahí que deba intervenir en los más mínimos de casos.

Este principio recibe el nombre técnico de ser "*ultima ratio*", puesto que el *ius puniendi*, no puede intervenir en todo supuesto de hecho, sino únicamente en los de ultima razón, como última causa. Así, se especifica que se configura con un par de significados. En el primero se precisa que las sanciones penales solo deben recaer contra las acciones que fundamentalmente no encuentren sanciones de otros

medios, pero también significa esto que debe existir tolerancia para ilícitos leves. En el segundo significado este principio remite a su uso como último recurso, cuando hayan fracasado otros mecanismos de protección. (Wolters Kluwer, 2018).

Nos damos cuenta que ambas formas están estrechamente ligadas y permitirán reconocer el principio de mínima intervención penal. Para aclarar cualquier duda, hagamos referencia a Monroy Rodríguez, quien no dice que:

Este principio, conforme a Monroy Gálvez (2013), se configura como un límite del *ius puniendi* estatal, tendiente a hacer diferenciación entre bienes jurídicos, y posibles grados de afectación, así, se requiere direccionar el poder sancionador del estado únicamente hacia aquellos supuestos donde todos los demás medios de control social hayan fallado; ello al considerar que la facultad sancionadora del Estado, es el arma más peligrosa, al tener la capacidad de dañar derechos fundamentales tan importantes, como la libertad y la dignidad humanas.

Se nota que esta es una definición compleja porque ella recoge la fragmentariedad, la subsidiaridad y la proporcionalidad.

2.8. EL DELITO DE PREVARICATO DE DERECHO

A. Evolución histórica del delito

Liz Patricia Benavidez Vargas, abogada y de ocupación Fiscal Adjunta Suprema, en su publicación titulada “El Delito de Prevaricato en el Perú”, desarrolla la forma en que nuestro tipo penal puesto a análisis evolucionó,

incluso desde la antigua Roma (codificada en el documento denominado Digesto; y luego en nuestro ámbito nacional, pasando desde el Código Penal de 1831, el de 1864, el de 1924, hasta llegar a su tratamiento actual en nuestra legislación. Ella señala que “los doctrinarios, al respecto del delito de Prevaricato, coinciden en determinar su génesis en la República Romana, alrededor del año 509 a.C., en el vocablo “*prevaricatus*” (“*prae*”= antes + “*vicare*”=traspíe) (Benavides Vargas, 2017, párrafo 19).

a) Antecedentes legislativos

1. Código Penal de Santa Cruz – 1831.

Este código establecía el delito de prevaricato de la siguiente forma:

“Comete prevaricación todo funcionario público que en el ejercicio de sus funciones procede contra las leyes, ya haciendo lo que ella prohíbe expresa y terminantemente o dejando de hacer lo que ordenan del mismo modo, por interés personal o soborno o por afecto o desafecto a alguna persona o corporación o en perjuicio de la causa pública o tercero interesado. Los prevaricados perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno público, sin perjuicio de sufrir otras penas que merezcan por otros delitos que cometan en la prevaricación.

“(Código Penal de Santa Cruz, 1831, Artículo 344).

Al analizar rápidamente este tipo penal, podemos advertir cómo el delito de prevaricato se agotaba únicamente en el de derecho y se establece una sanción con carácter de deshonor.

Luego, en 1863, en el Código Penal promulgado en tal año, donde se expresa:

“Comete prevaricato:

1. El juez expide sentencia definitiva manifiestamente injusta. 2. El juez que conoce en causa que patrocinó como abogados. 3. El juez que cita hechos o resoluciones falsas. 4. El juez que se niega a juzgar, ley o pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley. 5. El juez que se apoya en leyes supuestas o derogadas”. (Código Penal, 1863, Artículo 170).

Posteriormente en el Código Penal de 1924, el tipo penal de prevaricato se establecía del siguiente modo:

“El juez que dictara resoluciones manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley, o que, citará resoluciones o hechos falsos o que se apoyen en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación absoluta perpetua”. (Código Penal, 1924, Artículo 354).

Al analizar el tipo penal de prevaricato, se puede advertir que ya se acercaba a su tratamiento actual, pero con una consecuencia penal incluso más gravosa que en nuestros días, ya que además se habla de multa e inhabilitación.

Así, llegamos a la actual configuración del prevaricato, donde se presentan tres modalidades. En este sentido, la primera modalidad, es decir, el prevaricato de derecho, se refiere al incumplimiento de una norma expresa y clara, con un contenido obligacional del cuál no existen dudas a la hora de realizar su interpretación; la segunda modalidad, denominada “de hecho”, se hace referencia a la creación fraudulenta de

medios probatorios, o a la exoneración ilegal de medios de prueba existentes; y, finalmente, la tercera modalidad se da para los casos en que Jueces y Fiscales aplican normas que ya no se encuentran vigentes.

Si nos trasladamos al aspecto de la teoría del delito, en la tipicidad subjetiva, se aprecia la necesidad de una acción eminentemente “dolosa”, es decir, que el Magistrado que comete prevaricato tenga conocimiento y voluntad de las acciones que ha realizado y que, posteriormente, han sido calificadas como prevaricato, en cualquiera de sus tres modalidades ya explicadas.

B. Análisis dogmático del delito de Prevaricato de Derecho

Este delito, se halla dentro de la categoría de delitos especiales por la condición del sujeto activo, ya que exige que éste sea Juez o Fiscal, aunque de cualquier nivel.

Conforme a Benavides Vargas (2017), el bien jurídico que se protege con este tipo penal es la “correcta administración de la justicia”, en tanto que, los Magistrados tienen el deber de realizar una adecuada fundamentación de sus resoluciones, basados en la ley y en los hechos que han sido probados durante el proceso, por cuanto romper este deber implica una inadecuada utilización de las potestades que se les han brindado con su cargo en la Magistratura.

Luego, este delito, se clasifica dentro de los tipos de acción, pues, por sus verbos rectores, únicamente puede configurarse mediante comisión activa siendo imposible de realizarlo por omisión ni por comisión por omisión.

a. La teoría del delito aplicada al prevaricato en nuestro país

Frisancho Aparicio (2011) empieza a comentar este delito en el Perú, recordando el pensamiento clásico de Ulpiano, quien nos brinda unos alcances etimológicos sobre este delito. Así, Ulpiano informa que, los romanos, al respecto de la acción de prevaricar, la determinaban como una forma especial de caminar de personas con huesos largos y torcidos en las extremidades inferiores, razón por la cual solían hacerse hacia la diestra y siniestra mientras se desplazaban, así, para los romanos, prevaricar hace referencia a la acción de caminar torcido.

Esta etimología permite entender que, desde sus orígenes, el prevaricato implicaba no andar derecho, torcerse en favor de uno u otro. Pero esta idea, en realidad, de forma abstracta puede aplicarse a cualquier delito, ya que la comisión de cualquier delito implica una separación de la rectitud de lo legal; pero sobre todo en temas de ejercicio de poder de gobierno.

En nuestra legislación republicana, lo encontramos presente desde el Código de Santa Cruz del Estado sud-peruano. Era un delito que no era exclusivo de los Jueces sino para cualquier funcionario estatal. En cambio, en el Código de 1924, se especificó que solo los Jueces cometían este delito, y no fue hasta la modificatoria de 1981 en que se incluyó a los Fiscales.

El “prevaricato de derecho” es el nombre que recibe aquella modalidad de prevaricato correspondiente a cuando el “juez, o también fiscal, emite una determinada resolución (dictamen, en el caso del fiscal) que es contrario a la ley” (Benavides Vargas, 2017, pp. 245-246), este, puede ser ubicado en el primer supuesto del artículo 418.

Así, la acción prevaricadora de derecho corresponderá a dictar o emitir una resolución, en el caso de Jueces, o dictamen, en el caso de Fiscales, que al contrastarla con una norma de rango legal se obtenga incompatibilidad expresa y clara.

Luego, para su configuración, se necesita de un sujeto activo que posea la condición especial, pues como se ha mencionado previamente, es decir, ser un Juez o Fiscal, luego, requiere de un proceso o investigación, en el cual se emita una resolución o dictamen que se dé dentro de los requisitos legales para ser tal; y, finalmente, se requiere una ley que sea evidentemente contraria al dictamen fiscal.

Respecto a la antijuridicidad, se aplicarán los criterios conocidos para todos los delitos, como el estado de necesidad justificante, etc.

Y para la culpabilidad se deberá responder a la pregunta ¿se le podía exigir al Magistrado actuar de otro modo?, siendo que, en este delito, la respuesta afirmativa se determina por el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de magistrado que el Estado ha conferido al sujeto activo.

Finalmente, nos remitiremos a la Primera Sala Penal Transitoria - Corte Suprema de Justicia del Perú (2017), quien expidió la Apelación N.º 20-2015 Puno, en la que se ventila el caso del Juez Anco Gutiérrez, a quien se le acusó de prevaricato por presuntamente haber citado hechos falsos en su Resolución Once, declarando nula una testimonial aludiendo a presuntos hechos debatidos en una audiencia que jamás existieron; sin embargo la Sala Penal Transitoria, luego de realizar el análisis del expediente llega a la conclusión de que más allá de si la decisión del Juez fue adecuada, dadas las circunstancias particulares del caso (que el proceso había concluido por disposición del fiscal), la acción realizada por el Magistrado no era capaz de generar perjuicio al bien jurídico y por tanto no era merecedora de pena; de este modo podemos apreciar que si bien, la acción fue sometida a la teoría del delito y superó satisfactoriamente dicho examen, ni siquiera con ello la acción era merecedora de pena, deviniendo en una contradicción que, por el momento, solo puede explicarse diciendo que, bajo ciertas circunstancias, el delito de prevaricato realiza una innecesaria protección del bien jurídico.

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En esta sección nos regimos por los métodos de investigación determinados en la sección correspondiente, es decir, en los lineamientos de que, la presente, es una investigación dogmática jurídica, no haciendo referencia a datos estadísticos, sino más bien haciendo uso de un enfoque cualitativo, por cuanto el fenómeno estudiado es la relación de una norma legal con principios constitucionales; fenómeno imposible de ser contabilizado estadísticamente.

La tarea que hemos emprendido, no es de poca importancia, la vida propia que adopta la Constitución en un “Estado Constitucional de Derecho”, tal como estudiamos en la sección correspondiente del marco teórico, implica que las normas del bloque constitucional van a reaccionar cada vez que un detentador de poder trate de extralimitar tal poder y hacer abuso de él. Esto referido sobre todo al elemento del “Estado Constitucional” denominado “Garantía Jurisdiccional de la Constitución”, por el cual le es exigible a los magistrados el cumplimiento de la Constitución por sobre toda otra posibilidad.

Así, la labor de todos los operadores del derecho, por la cual materializan en términos de la realidad, los conceptos ideales que componen el derecho, ante situaciones fácticas determinadas; es una de las labores más importantes para el cumplimiento de los fines por los que existen los Estados, es decir, la protección de las condiciones mínimas necesarias para la supervivencia de las sociedades; entre las cuales, los derechos humanos y/o fundamentales toman un papel de gran importancia.

Es así, que de entre todos los sujetos que participan en el ejercicio del derecho, se determinó que los Jueces y Fiscales, son de los que más responsabilidad soportan,

por la naturaleza de sus funciones; es así, que, para asegurar las condiciones necesarias para poder realizar su función de modo adecuado, se les dota de capacidades y competencias, mismas que se pueden expresar como principios de la función jurisdiccional, y principios rectores del derecho en general.

Otro de los puntos más importantes de debemos de considerar, es que el Estado ha ido evolucionado, conforme a los hechos históricos y cambios sociales propios de la humanidad, es así, que el Estado ha pasado por diversas etapas, hasta llegar hasta nuestra actual configuración como Estado Constitucional, identificable por determinadas características y factores que, nos ocuparemos más adelante, por el momento, la sola idea de la Constitución como norma viva que debe prevalecer frente a cualquier manifestación de poder que pretenda atacarla.

Partiendo de este panorama, y de la administración de justicia, es una de las actividades que más críticas y juicios de valoración (como bueno o malo), puede generar en los administrados; se refuerza más que nunca la condición de que, su análisis deberá realizarse mediante criterios de lógica y formalidad.

SECCIÓN UNO: PROBLEMÁTICA GENERAL DEL DELITO DE PREVARICATO DE DERECHO

3.1. INCOMPATIBILIDAD DEL DELITO DE PREVARICATO DE DERECHO CON LA MATERIALIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Se ha resaltado la labor de los Magistrados, Jueces y Fiscales, en la materialización de los preceptos propios de un Estado Constitucional, para que, por medio de su labor se pueda asegurar la primacía de la Constitución, y la protección de los derechos fundamentales; de este modo, si consideramos que la labor intelectual más importante de esta función es la interpretación del

sistema de normas, podemos descubrir lo imprescindible de esta labor interpretativa.

Los fundamentos de los que nace esta forma de entender la interpretación jurídica, se puede identificar en la construcción de los postulados de las teorías de interpretación jurídica; como vimos previamente, es una interpretación del tipo *sensu largo* (que se realiza sobre los textos), y que puede ser noética, para casos fáciles, como dianoética, para casos donde se requiere un discurso argumentativo que fundamente el resultado de la interpretación, entonces, el resultado que se obtiene de la actividad interpretativa dependerá del grado de complejidad desplegada en el caso particular.

Así, para identificar la actividad interpretativa a realizar, se deberá identificar la teoría de interpretación judicial adecuada a nuestro sistema jurídico, así, partiendo de los criterios explicados en el marco teórico, para nosotros, la teoría de interpretación adecuada sería la teoría cognitiva contemporánea, en su subdivisión de, interpretación constructiva, en oposición a los planteamientos de la teoría de interpretación cognitiva clásica, y de las teorías escépticas.

En primer momento, consideramos que las teorías escépticas no son propias de nuestro sistema jurídico, debido a que por la importancia que le dan a la jurisprudencia, y a la potestad creadora de derecho del Juez, se identifica más con el sistema anglosajón o *common law*, donde el texto constitucional y legal no adquiere sentido hasta que es aplicado en un caso concreto, dejando un precedente, que iluminará el sentido de la decisión en los casos posteriores.

En segundo momento, dentro de la teoría cognitiva de la interpretación jurídica, descartamos la teoría cognitiva clásica, porque bajo estos planteamientos, el Juez es únicamente un “instrumento de aplicación del texto expreso de la ley”,

y, bajo estos planteamientos del formalismo jurídico, la finalidad de la decisión judicial, no tiene base en buscar una solución justa a la problemática encontrada, sino a la aplicación matemática del texto de la norma, o en otras palabras, el significado preexistente a la interpretación.

Entonces la teoría de interpretación jurídica, que da luz al proceso de interpretación jurídica, más adecuada para nuestros fines, es la teoría constructivista, como parte de las teorías cognitivas contemporáneas, ello, porque considera que el Derecho es un modelo de reglas y de principios, la inclusión de principios al concepto de derecho hace que se pueda encontrar una solución al caso, incluso si no existe una norma específica para tal finalidad, la discrecionalidad que puede manifestar el juez, es una de tipo débil, donde los principios lo orientan, pero, aunque tienen que realizar una actividad compleja, no le brindan la capacidad de decidir por su cuenta el sentido de la solución de la causa. Dentro de esta teoría, que lleva a contemplar al derecho como un fenómeno interpretativo, se explica que el ejercicio del derecho es un ejercicio de argumentación, misma que se puede manifestar de dos formas, la primera como conversación, y la segunda como constructiva.

Dentro de la teoría constructiva, se aprecian tres fases, la primera fase pre interpretativa, que se refiere a la necesidad de identificar las normas y decisiones previas, que puedan ser relevantes relacionadas; luego la fase interpretativa, donde se utiliza lo obtenido en la fase previa, y se busca identificar su propósito general, iluminado por los principios del derecho, donde el Juez debe de establecer la justificación del sentido interpretativo elegido a partir de las normas y principios relevantes, para evitar la creación de un sentido

alejado del sentido del derecho que busca conocer, y tercero, la fase post interpretativa, donde se ajusta el sentido interpretativo obtenido para adecuarlo a la situación concreta, es así, porque, la interpretación puede obtener muchos resultados, que pueden ser inspirados por los principios; entonces, el Juez, deberá de seleccionar una de ellas, la que mejor se ajuste a las particularidades del caso a resolver.

La limitación de alguna de las fases antes mencionadas, puede significar una afectación directa a la labor de los Magistrados, con la consecuente afectación a la materialización de la Constitución, de este modo, consideramos lo siguientes puntos en los que se verifica la incompatibilidad entre la interpretación jurídica propia del Estado Constitucional y el delito de prevaricato de derecho.

3.1.1. APLICACIÓN DEL PREVARICATO DE DERECHO EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Dentro de las teorías que explican el delito, nuestro sistema jurídico se identifica, con la teoría finalista, esto conlleva que las acciones calificadas como delito siempre deben estar orientadas a la consecución de una finalidad, para lo cual el sujeto activo despliega una acción o comportamiento que le permita lograr su finalidad; esta finalidad debe estar identificada con la vulneración de una prohibición legal; así en el caso del prevaricato de derecho, prohibiéndose la responsabilidad objetiva, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. Recordemos la definición de prevaricato de derecho, dada por el texto legal y la doctrina como Benavides, misma que enseña que el “prevaricato de derecho” es aquella modalidad prevaricadora donde “el

Juez emite resoluciones, o el Fiscal, dictámenes, en los cuales se aprecie una separación del texto expreso de la ley” (Benavides Vargas, 2017, pp. 245-246), podemos advertir que este tipo penal afecta a dos de los operadores jurídicos más importantes en la materialización cotidiana, concreta y efectiva del sistema legal; el Juez, por un lado, que representa desde el nivel más primario al poder del Estado de administrar justicia y velar por la adecuada aplicación del sistema jurídico, que a su vez es el operador que más conoce la problemática de la aplicación efectiva y concreta de las normas; y, al Fiscal, vela por la legalidad además de investigar la comisión de conductas delictivas en nuestro territorio; funciones de vital importancia para el normal funcionamiento y evolución de las sociedades, conocidos como bienes jurídicos. De este modo el prevaricato de derecho, al ser siquiera un pequeño riesgo contra estas funciones, deberá ser analizado, modificado o derogado.

Desde la teoría del delito y más específicamente, en el aspecto de tipicidad subjetiva del prevaricato de derecho, se presenta una enorme dificultad dogmática de la formación dolosa, es decir, el ingrediente subjetivo. Para cumplir con dicho requisito, se debe demostrar que la actuación del Juez o del Fiscal estaba dirigida a dictar resolución o dictamen manifiestamente vulnerador del “texto expreso y claro de la ley”, no es suficiente constatar la manifiesta contrariedad de la Ley y la voluntad consciente de resolver de tal forma, sino que en la intención típica debe apreciarse de hechos objetivos a partir de los cuales pueda determinarse que el Magistrado, actuó con la intención para obrar de tal forma o el fin de favorecer indebidamente intereses propios o ajenos.

Para ilustrar, lo difícil, de que una acción sea típica subjetivamente, del delito de prevaricato de derecho, veamos que ésta acción tendría que cumplir con todos los elementos del dolo; siendo que, de acuerdo con la doctrina estudiada, y la jurisprudencia, específicamente la Apelación 02-2014 Lambayeque, para la tipicidad del delito de prevaricato de derecho, no basta con negligencia ni descuido a la hora de emitir la resolución/dictamen, sino que este tipo penal exige dolo (Apelación 02-2014 Lambayeque, fundamento cuarto). En consecuencia, para cumplir con esta condición, el sujeto especial activo, debe tener no solo conocimiento, sino también voluntad de apartarse del “texto claro y expreso de la ley”, sino además de que, lo está haciendo con un fin alejado de la legalidad; entonces además del conocimiento y voluntad, se requiere de un *animus*, elemento que de por sí ha sido fuertemente criticado por ser casi imposible de probar objetivamente.

En primer lugar, el elemento del conocimiento de estar apartándose del “texto claro y expreso de la ley” podría parecer imposible de negar en un Magistrado, sin embargo, es posible, incluso a pesar que tal suceso configure una falta de diligencia del Magistrado, que deberá recibir las sanciones administrativas correspondientes no configuraría dolo, excluyendo al Magistrado de responsabilidad de tipo penal.

Segundo, la voluntad para tal apartamiento resulta aún más difícil de probar, dado que, incluso si existiera ésta, bastaría con que el Juez o Fiscal realice una motivación adecuada en su resolución/dictamen, expresando las razones de su apartamiento para su decisión, incluso si

tal motivación es deficiente, nuevamente nos hallaríamos frente a una falta de diligencia del Magistrado, pero no ante una posibilidad de acreditar objetivamente la voluntad de alejarse del texto de la ley por razones fuera de la legalidad.

Tercero, llegados al supuesto ya de por sí difícil, de que se haya demostrado objetivamente el dolo en el apartamiento del “texto expreso y claro de la ley”, se tendría que probar que el ánimo detrás de este apartamiento tiene que ver con la consecución de intereses personales, con ánimo de lucro, o para realizar favores.

Como nos podemos dar cuenta, probar adecuadamente la tipicidad subjetiva, que el delito de prevaricato de derecho requiere, es una tarea complicada y que va a requerir mucha prueba indiciaria y suposiciones; lo que se aparta de la objetividad que deben poseer los procesos penales, máxime al tratarse con algo tan importante y delicado como es la función jurisdiccional.

La consideración de que, el quebrantamiento del rol del Juez, por criterios meramente objetivos, conlleva responsabilidad penal por sí misma; se identificaría más adecuadamente con la teoría funcionalista; modelo que utiliza a la pena como un arma para asegurar la fidelidad al derecho, incluso por sobre la persona; posición, que, más allá de ir contra el espíritu finalista de nuestra legislación penal, deja de lado el respeto y exaltación de los derechos humanos, para solo ocuparse de proteger el cumplimiento de los roles impuestos por el derecho.

3.1.2. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA NECESARIA PARA UN ESTADO CONSTITUCIONAL

Estos criterios de la teoría interpretativa adecuada para nuestro sistema jurídico, tienen una importancia extraordinaria para el objeto de estudio de nuestro trabajo, debido a que, en el prevaricato de derecho, el análisis de la conducta del sujeto activo se centra en la existencia de un trabajo interpretativo por parte del Juez, a la hora de aplicar el derecho, así, el uso de la expresión “texto claro y expreso de la ley” tiene correlación con la teoría de interpretación del derecho cognitiva clásica; que fue una concepción propia de la iluminación francesa, donde se buscaba preservar la intención del legislador, como expresión radical de la voluntad popular, tan recientemente elevada al poder, la idea de que, un Juez pueda interpretar el texto normativo de un modo que se separe de la intención que tuvo el legislador resultaba contraria a los ideales que impulsaron la revolución francesa.

Un sistema jurídico con interpretación constructivista hace referencia a la necesidad de argumentación jurídica en los procesos judiciales, ello debido a que, si bien, el Juez puede realizar interpretación noética; ésta jamás será suficiente para la resolución de una causa, debido a que, en términos de la realidad, las conductas humanas y sus consecuencias de corte jurídico, conllevan una compleja red de implicancias que afectan, no únicamente una prohibición, u orden, establecido por una única ley, sino que tienen alcance a muchas de ellas; y de distinto grado de jerarquía; por ejemplo, centrándonos en el derecho penal, por ser el tipo de derecho más cercano a nuestro trabajo, y tomamos el ejemplo más

básico de conducta humana delictiva, como es “el que mata a otro”, podemos verificar que esta acción humana y voluntaria, no solo se relaciona al art. 106 del Código Penal, sino que al art. 2 inciso 1, de la Constitución; a todas las normas jurídicas que dirigen la investigación policial y fiscal del delito; a las normas adjetivas que rigen el proceso penal en sede judicial, a los derechos procesales de las partes, y muchas otras más normas, que, solo debido a una acción humana en términos fácticos; encuentran su ámbito de atención. Como apreciamos, incluso en un caso, que podría parecer sencillo de resolver simplemente a nivel de interpretación noética del tipo penal de homicidio simple; no puede restringirse a ello, se requiere la extracción del sentido o significado del ordenamiento jurídico en su conjunto, lo que requiere un grado de interpretación superior, en el que resulta ineludible la realización de argumentación jurídica en la construcción de la premisa normativa y la premisa fáctica que permita la aplicación de silogismo jurídico lógico (interpretación dianoética); tarea que es confiada al Juez, y que, gran importancia para la protección de los derechos humanos, y condiciones mínimas que permitan la subsistencia de los sistemas jurídicos; debe poseer condiciones o garantías que aseguren a los Jueces, demás sujetos procesales, como son los fiscales; estas condiciones, garantías o presupuestos, están establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, en primer momento, como principios de la función jurisdiccional.

Tanto como los principios son condiciones necesarias, para que los Magistrados puedan realizar su función de juzgar y aplicar el derecho; al ser positivizados en la Constitución y pasar a ser parte del sistema

jurídico, pasan a afectar la propia actividad interpretativa; al respecto de estos principios en la labor de interpretación, no se diferencian tanto de las normas de menor grado jerárquico por su contenido, sino por su posición en el sistema jurídico, primero, dan fundamento y justificación a tales; no requieren justificación de otra norma pues se perciben con fuerza suficiente de la obviedad o intrínsecamente justas.

Para terminar con este punto, recordemos que, la interpretación noética, podría ser parte de la actividad interpretativa del Juez, no será suficiente en ningún caso, ya que las normas jurídicas no se pueden, o no se deben, interpretar aisladamente en sistema jurídico propio de un Estado Constitucional; esa etapa, donde la sola interpretación cognitiva clásica era suficiente para la aplicación del derecho, ya ha sido superado hace mucho, y solo era útil en la época de la ilustración; reducir el terreno de la interpretación a la búsqueda de la intención del legislador, no puede ser permitido en un Estado Constitucional, en el que, como vimos en los factores de constitucionalización de los Estados; la voluntad del legislador no puede estar por encima de los límites establecidos constitucionalmente, y la obligación de proteger los derechos fundamentales, no puede verse lesionada por los detentadores de poder de turno, ya sean legisladores, presidentes, ni ningún otro tipo de gobernante.

3.1.3. INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL EN CONTRAPOSICIÓN AL USO DEL TÉRMINO “TEXTO CLARO Y EXPRESO DE LA LEY” EN EL PREVARICATO DE DERECHO

Las ideas acotadas sobre las teorías de interpretación, se relacionan directamente con los factores del Constitucionalismo, sobre todo con los factores de la Sobreinterpretación Constitucional, por el cual, la interpretación en un sistema constitucional, no debe hacerse únicamente basada en el sentido literal de la norma (cognitivismo clásico), sino que en correspondencia con el sistema jurídico que la rodea (cognitivismo moderno - constructivismo); y con el factor denominado “Interpretación conforme de la Ley”, por el cual la interpretación de la ley se debe realizar asegurando la concordancia con las normas propias de la Constitución, mediante los mecanismos jurisdiccionales que brinda la propia Constitución, vale decir, control concentrado y difuso.

De estas zonas de concordancia, entre los procesos de interpretación jurídica y los factores de la constitucionalización, se evidencia una fuerte relación entre el respeto de la Constitución y la capacidad de interpretar el sistema jurídico adecuadamente, y, siendo que los intérpretes regulares del ordenamiento jurídico, en la materialización diaria del derecho son los Jueces y Fiscales, se debe salvaguardar su autonomía para realizar una adecuada interpretación jurídica, que asegure la existencia de los factores que identifican un Estado Constitucional, que a su vez asegure la protección y desarrollo de los derechos fundamentales, horizonte al que se dirige el Estado mediante el establecimiento de su Constitución positivizada.

La búsqueda del denominado “texto claro y expreso de la ley” se hace imposible de mantener en un ordenamiento jurídico Constitucional, pues, como hemos visto, esta interpretación cognitiva clásica no es suficiente, ni respeta el Constitucionalismo. En este caso la interpretación constructivista, por parte de los magistrados, se puede utilizar como un tipo de interpretación que asegure el respeto de los preceptos de la Constitución en sociedades en permanente evolución, en las que, la intención del legislador, que pudo ser suficiente en la época en que fue positivizada, requiere de un elemento de actualización; que correspondería al Juez quien, como parte de la sociedad actual, se ve influido ineludiblemente por el lugar, época y cosmovisión propia de su época, pero partiendo de los preceptos constitucionales, por medio de la argumentación jurídica, y la interpretación dianoética, que le permitan construir el sentido actual y más adecuado de la norma, para el momento y el ámbito específico donde se requiere encontrar la solución a la causa puesta a su consideración.

Finalmente, no se debe olvidar, que el texto normativo del prevaricato de derecho, como tipo penal, contiene una prohibición abstracta que utiliza para cumplir con su rol de prevención general negativa; mientras que el Juez o Fiscal, al momento de ejercer sus funciones se enfrenta a casos concretos, con distintas condiciones en cada uno de ellos, sujetos intervinientes con distintas particularidades, niveles de adaptación y comprensión de la realidad; y demás elementos que no pueden ser ignorados sin convertirse en una lesión al respeto de derechos humanos, mismos que existen incluso por encima de las normas legales

positivizadas, es así que existen demasiadas variables que considerar en la práctica fáctica y efectiva de la función jurisdiccional que no pueden simplificarse al cumplimiento de un texto supuestamente expreso y claro de la ley, simplemente porque un texto legal no puede tener sentido completo si no se le interpreta en conjunto con aspectos tangibles en cada uno de estos casos.

El haber establecido legalmente, la expresión “texto expreso y claro de la ley”, y sobre todo, el exigir, bajo amenaza de pena, a los Magistrados, que se rijan por dicho “texto expreso y claro de la ley”, los remite a la obligación de aplicar criterios de interpretación cognitiva clásica (noética), que son justamente los que consideran la existencia del “texto claro y expreso de la ley”, establecido por el legislador, donde el Juez no tiene ningún grado de discrecionalidad, y se constituyen como meros aplicadores mecánicos de la voluntad legislativa, fácilmente reemplazables por matemáticos, o cualquier otro tipo de profesional con capacidad de realizar interpretación noética; sin conocimientos mínimos de la ciencia jurídica y las particularidades del ejercicio del derecho. En los términos de esta clasificación de interpretación jurídica, no se requiere pues, la existencia del Juez como tal.

SECCIÓN DOS: DETERMINACIÓN DE LA AFECTACIÓN A LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL

3.2. DE LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL

3.2.1. PREVARICATO Y LÍMITES DE INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL

El principio de autonomía e independencia jurisdiccional, se halla expresamente contemplado en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, y, de acuerdo a los criterios establecidos por la CIDH, se desenvuelve en dos ámbitos, el primero de ellos es la dimensión institucional, donde se analiza el grado de independencia que las instituciones (como Poder Judicial y Ministerio Público) deben de gozar frente a los otros órganos estatales, por lo cual se debe asegurar la adecuada delimitación de funciones del Poder Judicial, mismas que no deben ser confundibles con las funciones del Poder Legislativo, ni del Poder Ejecutivo; y que éste último no debe tener capacidad de dirección ni de control sobre el Poder Judicial. La segunda dimensión, se refiere a la independencia a nivel funcional, por la cual ésta se desenvuelve individualmente, otorgando la capacidad a los operadores, de desenvolver libremente sus funciones al interior de la entidad (CIDH, 2013).

De este modo, y como, ha quedado claramente establecido, la independencia jurisdiccional, es una garantía necesaria para garantizar el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso. El papel que desenvuelven los Jueces, y, en su ámbito, los Fiscales, es de suma

importancia para que el Estado cumpla con su razón de ser, es decir, la protección de los derechos fundamentales, y la misión de mantener la paz.

Sin embargo, como cualquier norma, la independencia jurisdiccional, evidentemente, no es absoluta, existen ciertos límites en su ejercicio, y para tener un punto objetivo de esto, podemos apoyarnos del Caso Cordero Bernal vs Perú, en el que, la CIDH, al respecto de la posible violación de la garantía de independencia judicial, precisa que la normatividad dirigida a la sanción de los Magistrados debe estar iluminada por la búsqueda de salvaguarda de la función jurisdiccional, realizando un análisis de los Magistrados, pero solo respecto del desempeño mostrado en el ejercicio de sus funciones; cualquier medida sancionatoria para los Jueces deberá estar caracterizada por el adecuado uso de la argumentación y razonamiento, además de proporcionalidad; ello a fin de evitar exponer los procedimientos sancionadores a creencias de tipo moral o particular.

Al respecto del Magistrado Cordero Bernal, la CIDH consideró que, la conducta por la que fue sancionado, habría sido grave debido a que, su decisión (haber dictado la libertad de dos procesados por tráfico ilícito de drogas) fue precipitada y completamente irracional, no cabiendo la posibilidad de realizar una revisión de la misma, ya que ello, presupone la base de un razonamiento con sentido común y jurídico, que en el caso no existió; se realizó sin haber respetado el plazo para la misma y sin una valoración en conjunto de la prueba. (Sentencia del 16 de febrero de 2021, fundamento 84 al 86).

Estos lineamientos son realmente importantes para el objeto de nuestra cuestión, porque en ellos se evidencia que, existen condiciones para poder sancionar a un Juez por prevaricato, las que sería, la existencia de una adecuada interpretación, argumentación, motivación, proporcionalidad de la sentencia que lo sancione; y que el objeto de análisis no sea la función ni calidad como Juez del imputado, sino su desempeño puntual como Juez.

Las consideraciones de la CIDH, son contrarias a la propia configuración del tipo penal de prevaricato de derecho en nuestro país, en razón que determina que la sentencia expedida por delito de prevaricato de derecho debe ser producto de un tipo de interpretación que se le prohibió al Juez imputado, es decir, con la expresión “texto claro y expreso de la ley” que se limita al Juez su capacidad de interpretación, pero para sentenciarlo por prevaricato, al segundo Juez (quien juzga al primero) sí se le obliga a realizar este tipo de interpretación con construcción argumentativa, bajo riesgo de configurarse como una violación al principio de independencia jurisdiccional.

3.2.2. INTERPRETACIÓN JURÍDICA, PREVARICATO DE DERECHO E INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL

De otro lado, como vimos, la Autonomía Jurisdiccional y Fiscal, en su dimensión funcional, por la cual, los Magistrados tienen independencia en el ejercicio de sus funciones, y, siendo la principal función que ejercen, la de interpretar la ley, y el sistema jurídico; en concordancia con las propias particularidades del Magistrado, como son la época, lugar y visión del mundo propia de la sociedad en la que se desenvuelve; se

genera la posibilidad de haber llegado a un resultado interpretativo diferente al que otros Magistrados pueden obtener en su tarea de interpretación de la norma examinada, como parte del ordenamiento jurídico. Pese a estas posibles diferencias que pueden existir, y que son propias de la naturaleza humana, si nos regimos nuevamente, por las condiciones que la CIDH establece para sancionar a un Juez por prevaricato; mientras su resultado de la interpretación, y por ende, de la solución a la causa de vista esté fundada en criterios jurídicos válidos, lógica, y proporcionalidad, elementos que deben estar adecuadamente presentados en la sentencia (o dictamen, para los Fiscales), no existirá prevaricato de derecho.

Por el contrario; la obligación que impone el prevaricato de derecho al Magistrado de aplicar el “texto claro y expreso de la ley”, compartiendo los mismos criterios interpretativos a todos los Magistrados, con un grado absurdo de exactitud, presupone la inexistencia de posibilidad de la autonomía jurisdiccional, ligando al Magistrado al cumplimiento mecánico de la ley, que como vimos, es propio de la teoría cognitiva de interpretación jurídica, identificable, con Estados Legales, como los de la iluminación francesa, mas no, con los Estados Constitucionales Modernos.

El Tribunal Constitucional ha indicado que la independencia jurisdiccional, está sometida únicamente a lo que la Constitución establece, y supone un mandato para que todos y cada uno de los funcionarios públicos, los particulares, e incluso, dentro del propio órgano se garantice el respeto de este principio de Autonomía (STC

2465-2004-AA/TC); esta integración de lo establecido por la Constitución para el ejercicio independiente y autónomo de la función jurisdiccional se puede lograr con una interpretación constructiva, que incluye al sistema jurídico en su conjunto.

3.2.3. PREVARICATO DE DERECHO COMO IMPEDIMIENTO DE LOS DEBERES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Verificamos que, si bien la independencia jurisdiccional es de gran relevancia para que Jueces y Fiscales tengan las mínimas condiciones de desarrollar su actividad, se le imponen numerosas condiciones para su ejercicio, y es que, esta independencia también puede verse como un deber de los Jueces, una garantía que el Juez debe prestar en cada proceso judicial; pues como quedó presente en el marco teórico, Aguiló Regla (2012) enseña cómo el Juez tiene dos tipos de deberes, el primer tipo de carácter objetivo, referido a la legalidad a la que está obligado, y segundo, los deberes de tipo subjetivo, que incluyen al deber de imparcialidad, entendido como el deber de evitar influencias desde el interior del proceso, y el deber de independencia, entendido como el deber de garantizar que no existen influencias desde el exterior del proceso.

Es preciso recordar que la independencia jurisdiccional no es únicamente una garantía en beneficio de los Jueces, sino que se constituye como un medio para garantizar la protección y respeto de los derechos de las personas, así que, al Juez se le debe asegurar la independencia de manera que los ciudadanos puedan exigirla.

Un proceso judicial al que se le ha mutilado al Juez, la capacidad de independencia a través de la creación de leyes por parte del poder legislativo, no puede proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos ni los fines para los que fue creado el Estado, del mismo modo, un Juez que es solo un mero aplicador mecánico de la ley, como busca el delito de prevaricato vigente, solo tiene capacidad de cumplir con el deber objetivo de su cargo, pero no su deber subjetivo, lo que, como vimos, le quita legitimidad a su decisión.

3.2.4. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL

Los derechos humanos tienen una característica de transversalidad, y, una de sus características más importantes es el principio de progresividad, que debe mantenerse a pesar de la creación constante de normas jurídicas, de las cuales, algunas podrían manifestarse contrarias a los derechos fundamentales.

Se hace evidente, como este principio, es absolutamente necesario en la creación y mantención del “Estado Constitucional de Derecho”, por cuanto permite la prevalencia de la norma Constitucional y lo Derechos Humanos, más allá de la legislación; ello a través de la interpretación de tipo sistemática del derecho bajo teorías científicas de interpretación que permitan una motivación lógica de las resoluciones; en todo momento, el uso de este principio, no puede ser calificado como prevaricato de derecho, pues como hemos establecido, líneas previas, no tiene un contenido doloso que lo haga típico del delito de prevaricato; por el contrario, la aplicación del prevaricato de derecho, sí impide el uso de la

Autonomía jurisdiccional y fiscal, al establecer que cualquier apartamiento del supuesto “texto claro y expreso” de la norma legal en la expedición de resolución ya constituye delito.

Para terminar con este punto, no se pretende que la independencia y autonomía jurisdiccional y fiscal vaya por encima de la ley de modo irrestricto; consideramos que esta autonomía está determinada principalmente en la libertad de interpretación que realiza el Magistrado, siempre ligado a un razonamiento lógico adecuado y al nivel de su Magistratura, pero libre al fin; por ello, obligar al Magistrado a obtener el mismo resultado de interpretación que el Juez que lo juzgue por prevaricato de derecho so pena de ser condenado por prevaricato, resulta a todas luces una vulneración a su independencia y autonomía, más aún cuando nuestro propio sistema jurídico, al contemplar el derecho a segunda instancia, ha comprendido que los criterios de interpretación y sus resultados pueden variar respecto a cada Magistrado, sin significar de por sí responsabilidad penal del Magistrado de primera instancia, este principio de independencia y autonomía jurisdiccional, como norma constitucional puede servir ante hipotéticos casos extremos de interferencia en la función de los Magistrados por parte de dictadores, significando un último recurso para resistir ese poder, sobre todo en nuestros territorios latinoamericanos tristemente castigados por una larga tradición de dictadores.

Al respecto de que no debemos llegar al extremo de considerar que este principio, solo por tener un nivel alto de influencia para el tratamiento de

los asuntos de naturaleza jurídica en nuestro Estado, puede realizarse irrestrictamente, sino que, como Omar Sar enseña, siempre deberá estar supeditado al sistema jurídico vigente, sobre todo al cuerpo normativo constitucional, como son los derechos fundamentales de igualdad en la aplicación de la ley, que establece que una misma norma, ante casos de aplicación similares deberá ser aplicada de modo igualmente similar. (Omar Sar, 2013).

Como se apreció en el marco teórico, la razón de ser de la existencia, del principio de independencia y autonomía jurisdiccional, es que la actividad jurisdiccional cuente con las condiciones necesarias para poder desarrollarse de modo tal, que permita la protección de los derechos fundamentales, y los fines del Estado; podemos complementar que, en la medida que el uso de esta independencia tenga por finalidad, el aseguramiento y protección de los derechos fundamentales, en conformidad con el ordenamiento jurídico, el grado de discrecionalidad que faculta al juez, no será constitutivo de prevaricato de derecho.

SECCIÓN TRES: RELACIÓN DEL PREVARICATO DE DERECHO Y LA TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

3.3. DE LA TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO PENAL DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Habiendo ya desarrollado en nuestro marco teórico lo referente al Principio de Mínima Intervención, que entiende el derecho penal como el arma más violenta y reservada únicamente para los supuestos de hecho más graves y cuando los otros medios de control han fallado; nos avocamos a la tarea de analizar como el prevaricato de derecho, al establecer una pena a un Magistrado por apartarse

del texto expreso y claro de la ley, ya ha cometido una vulneración lo suficientemente grave para accionar al *ius puniendi*, olvida que el cumplimiento de las funciones del juez o fiscal, como labor que es, también es pasible de una sanción administrativa.

Pues bien, la doctrina ha señalado que “mientras un Estado Democrático interviene limitando los derechos en los casos que se requiera para garantizar la paz social, un Estado totalitario utilizará cualquier oportunidad para criminalizar una conducta” (Castillo Alva, 2008). Entonces, podríamos establecer que, mientras exista una intervención penal indiscriminada, tendremos menor grado de legitimidad democrática; y que, mientras menor sea el grado de intervención estatal, se tendrá un mayor grado de legitimidad, este puede ser el fundamento del principio de mínima intervención.

El principio de mínima intervención, en su expresión del sub principio de subsidiariedad, produce un acto de transparencia que la comunidad realiza con relación al delito, al que no solo ve como un fenómeno individual, como un acto aislado fruto de la libertad o como infracción normativa, también lo asume como un problema social, cuya solución está a cargo de todos.

Sabido es que el derecho penal debe ser entendido como de *ultima ratio*, es decir que su rango de acción aparece cuando el resto de los órdenes normativos no han logrado la motivación necesaria en la conducta del individuo. Esto trae como consecuencia que se admita que el derecho penal es necesario, pero no suficiente.

De los medios de control social, que generalmente son calificados en medios de represión y de creación de patrones de conducta (educación), son estos últimos los más efectivos para salvaguardar las condiciones mínimas de calidad de vida o bienes jurídicos; siendo los de represión o corrección menos efectivos, aunque necesarios; luego, dentro de éstos, el derecho penal no es el único, también se halla la fuerza correctiva de las familias, de la iglesia, la escuela, y todo ámbito donde la persona desenvuelva su rol social; siendo el derecho en general, solo uno de estos medios; incluso el derecho con sus distintas ramas cumple esta función, desde el derecho civil, pasando por el comercial, laboral y todas las ramas, el derecho penal es el último recurso; tanto porque su aplicación es un arma peligrosa, como porque no tiene suficiente fuerza de corrección como para ser aplicado repetidamente sin perder su capacidad de prevención tanto individual como general; es así que la persona que repetidamente es sometida a un proceso y/o condena penal, cada vez se sienten menos intimidados ante tal situación.

Dentro de la totalidad de los órdenes normativos el derecho penal debe aparecer como la última opción, y solo para sancionar conductas que sean vulneradoras de bienes jurídicos de intereses nacional más importantes para la subsistencia de las sociedades. Por ello, no se debe recurrir al derecho penal para todo tipo de conductas lesivas del orden jurídico, sino que debe ser empleado de forma mínima, se diría que incluso excepcionalmente.

3.3.1. MÍNIMA INTERVENCIÓN Y PREVARICATO DE DERECHO

El bien jurídico que se busca proteger mediante el delito de prevaricato de derecho es la “correcta administración de justicia”; es decir, que

mediante el prevaricato de derecho lo que se busca proteger no son los bienes jurídicos que se estaban protegiendo en el proceso primigenio donde el Juez o Fiscal emitió su resolución o dictamen prevaricador, es decir, por ejemplo, en el caso relatado en la Apelación N.º 08-2011 Ica, donde se procesa al Fiscal Saavedra Palomino por haber dictaminado pertinente el beneficio de libertad en un caso de violación sexual (Apelación N.º 08-2011 Ica); no se está protegiendo el bien jurídico de la libertad sexual que era materia del primer proceso, sino la correcta administración de justicia; diferenciar esto es importante, pues es evidente que el bien jurídico libertad sexual es un bien jurídico eminentemente de protección penal; pero si nos remitimos al bien jurídico que busca proteger el tipo penal de prevaricato en su modalidad de derecho, encontramos que ni siquiera estamos hablando del bien jurídico “administración de justicia” sino de únicamente su “correcta administración”, adjetivo que indica la necesaria exigencia de un conjunto de normas que indiquen cómo debe ser esa correcta administración; normas que no se encuentran en el código penal, sino en las Leyes pertinentes, pero también, en los distintos reglamentos y normativa que pueda tener tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público; y desde que estamos hablando de la vulneración de este tipo de normativas administrativas, la consecuencia lógica es que existan sanciones administrativas.

Se ha podido demostrar que el delito de prevaricato de derecho vulnera el Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal, ello en razón que, analizando los casos encontrados respecto de este delito, del

modo cómo los han resuelto, en su mayoría no han podido establecer la responsabilidad penal del Juez o Fiscal en dicho delito.

Nuestra jurisprudencia ha negado el razonamiento por el cual un Magistrado, solo por haber llegado a un resultado interpretativo distinto al esperado por otro Magistrado, ya sea elemento constitutivo de prevaricato; ello lo podemos apreciar cuando la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ica, en la Apelación N.º 08-2011 manifiesta que el Fiscal imputado, Saavedra Palomino, en su dictamen cuestionado, en el cual manifestó su concordancia con otorgar beneficio de semilibertad a un imputado sentenciado por violación sexual en agravio de menor, lo cual está prohibido expresamente por Ley N.º 28704; sin embargo, se determina que tal Dictamen no poseyó adecuada motivación, siendo que basó gran parte de su contenido en el Informe Evaluativo del Consejo Técnico Penitenciario; siendo así, al no existir una motivación suficiente que demuestren dolo en la actuación del Magistrado (Fiscal), la Sala Penal Permanente resuelve absolviéndolo, por cuanto su conducta no resulta típica, sino que únicamente constituye una falta de diligencia (Apelación N.º 08-2011 Ica, Fundamento Undécimo).

Apreciamos como en el anterior caso, existe la posibilidad real y evidente de que la decisión de un Magistrado, que en primer momento pueda ser calificada como prevaricadora, resulte no ser típica por falta de tipicidad subjetiva, ello incluso en un caso de falta de diligencia; cuánto menos será pasible de ser considerada dolosa en un caso en

que, el Magistrado, mediante la argumentación jurídica pueda demostrar que su decisión de no aplicar cierta norma obedece a criterios jurídicos válidos, y a su Autonomía Jurisdiccional y Fiscal para realizar una valoración jerarquizada y lógica de las normas en aparente conflicto.

Bajo estos preceptos, aunque el apartamiento hubiera sido inadecuado, pudiendo obedecer a un error de interpretación sistemática o a una inadecuada construcción de las premisas mayor y/o menor a la hora de aplicar el silogismo interpretativo, tampoco podría tipificarse su actuar como un delito, sino como una mera falta merecedora de una sanción disciplinaria o administrativa. Por mayor nivel de capacidad que posean los Magistrados, resulta extralimitada la idea de sancionarlos por la comisión meramente objetiva de un apartamiento; precepto que el propio legislador entendió al momento de formular el Código Penal de 1991, y que podemos encontrar expresado en el art. VII de su Título preliminar, donde queda proscrita la responsabilidad penal objetiva.

Esto también se pudo evidenciar a partir de las resoluciones judiciales, Apelación N.º 20 -2015 Puno, N.º 09-2017 Sullana, N.º 6-2018 Ayacucho, y R.N. 273-2018 Huánuco, donde no se pudo establecer la responsabilidad penal por delito de prevaricato de derecho, por tanto se puso en funcionamiento inútilmente el sistema judicial penal con todo lo que ello implica, recursos humanos, logísticos, equipos informáticos, y es que este delito no debe ser considerado tal, el

derecho penal debe aplicarse cuando no hay otras ramas del derecho menos gravosas y que recortan el derecho fundamental, no se aplica ante cualquier ataque, solo debe estar dirigido para proteger aquellos bienes jurídicos merecedores de su protección. Estas deficiencias del Juez o Fiscal, al llegar a resultados interpretativos inadecuados, siempre que evidencien una mínima lógica jurídica, deberían ser revisadas antela instancia administrativa.

Esto no significa que todos los delitos que protegen la correcta administración de justicia agoten su protección en la vía administrativa, puesto que, por ejemplo, el prevaricato de hecho, conlleva un nivel de reprochabilidad superior, al extenderse más allá de una operación lógica, como lo es la interpretación, que por su propia naturaleza es pasible de error; al requerir de una acción eminentemente dolosa como la creación de pruebas inexistentes o la simulación de hechos falsos no simplemente vulnera la correcta administración de justicia sino que ya lesiona directamente esa administración de justicia. En todo caso, si bien se puede inaplicar la norma legal que contiene al prevaricato de derecho por cuanto la resolución impugnada posee verdadero fundamento constitucional o de derechos humanos; este apartamiento constituiría, de modo objetivo, a su vez otro prevaricato de derecho, llevándonos a un círculo sin salida; y que, si puede ser superado luego de un trabajo interpretativo adecuado, ya habría gastado recursos estatales para tal, constituyéndose en un obstáculo en nuestra tarea de lograr un verdadero Estado Constitucional de Derecho donde la Constitución y sobre todo los Derechos Humanos tengan un papel

protagónico.

3.3.2. TEORÍA DEL DELITO COMO FUNDAMENTO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN EN EL DELITO DE PREVARICATO DE DERECHO

Nuevamente se hace pertinente, en este momento referirnos a la teoría del delito desde su base misma, que es la teoría que explica el delito dentro de nuestro sistema jurídico, es decir, la teoría finalista, en contraposición al funcionalismo, esto es importante a la hora de hablar de prevaricato de derecho porque, se tiene que para nuestro sistema, la calificación de una conducta humana como delito requiere de la existencia de una determinación de finalidad del agente para conseguir una finalidad contraria al ordenamiento jurídico, en el caso de prevaricato, esto significaría que la acción de apartarse del “texto claro y expreso de la ley”, debe tener una finalidad contraria al ordenamiento jurídico; este supuesto “texto expreso y claro de la ley”, como vimos es un supuesto imposible de subsistir en un Estado Constitucional, pues pertenece al superado modelo de Estado Legal de Derecho; la consecuencia es que el apartamiento del “texto claro y expreso de la ley” sea un resultado lógico de la insostenibilidad de la expresión, y no una finalidad decidida por el Magistrado.

El mantener la postura de que, el apartamiento descrito, se mantenga como delito, a pesar de no responder a la determinación voluntaria del Magistrado de contradecir el orden jurídico, sino a un mero suceso objetivo, se alinea más adecuadamente con la teoría funcionalista, donde lo que sanciona es el quebrantamiento del rol establecido por el ordenamiento jurídico; donde, conforme mencionaba Peña Gonzales

(2010) el derecho penal es usado como arma contra el enemigo, mismo que se define como aquel que no respeta el ordenamiento jurídico vigente; y al que, en su búsqueda de fidelidad al derecho, no le importa pasar por sobre los derechos fundamentales de la persona.

Así, seguir identificando al apartamiento del supuesto “texto claro y expreso de la ley”, asume una posición que no es compatible con la zona de coincidencia entre el sistema finalista, y el respeto de los derechos humanos.

SECCIÓN CUATRO: LIMITACIÓN IRRAZONABLE AL CONTROL DIFUSO CAUSADA POR EL PREVARICATO DE DERECHO

3.4. DE LA LIMITACIÓN IRRAZONABLE DE LA FACULTAD DE CONTROL DIFUSO.

Este tipo de control se halla contemplado en la Constitución, en el artículo 138; y asegura el respeto a la jerarquización necesaria de las normas en nuestro sistema, así, si bien las normas del bloque de legalidad, para tener legitimidad deberían ser compatibles con las normas del bloque de constitucionalidad, esto no siempre es así; y es en esta situación donde el control de constitucionalidad se hace necesario; bajo nuestro actual modelo constitucional, existirían paralelamente dos tipos de Control de Constitucionalidad, por un lado, el que únicamente puede realizar el Tribunal Constitucional, denominado control concentrado en función a que tal potestad únicamente la concentra el Tribunal Constitucional; y, por otro lado, el denominado control difuso, que puede llevar a cabo cada uno de los Jueces en todos los Juzgados en el país.

El control difuso de constitucionalidad toma un papel importante para garantizar la supremacía de la Constitución incluso de modo particular, es decir, en cada proceso, y se realiza por parte del agente que más conoce el elemento normativo y fáctico de cada caso, el Juez o Fiscal a cargo. El control difuso se constituye en un recurso práctico e inmediato para asegurar la prevalencia de la Constitución.

3.4.1. INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE AL PREVARICATO DE DERECHO

Llegados a este punto, es quizá donde más se puede notar la importancia de la labor interpretativa del derecho por parte de los Magistrados, ello es así debido a que, si una actividad interpretativa noética (que se relaciona al “texto claro y expreso de la ley”) no es siquiera suficiente para la más sencilla de las causas judiciales, mucho menos lo será en el caso en que se haga necesario aplicar control difuso de constitucionalidad, causas que, por su propia naturaleza compleja de contraposición normativa, requieren interpretación dianoética a través de la construcción de razonamiento argumentativo para encontrar la solución establecida por el ordenamiento jurídico, y que resulte más adecuada con el respeto de la Constitución, y protección a los derechos humanos.

Una actividad caracterizada por la argumentación, como es la construcción de la premisa normativa tan compleja para aplicar silogismo jurídico que culmine en la decisión aplicar control difuso, poseerá una numerosa fundamentación en principios generales del derecho y derechos fundamentales, que por sus propias características, como son

que, los principios generales del derecho no están expresamente positivizados, y que, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, tampoco lo está, sino que será el juez quien lo extraiga en cada caso al que se enfrenta, hace que sea imposible hablar de un resultado interpretativo único; sino que nuevamente estará influenciado por la realidad en la que el Magistrado se desenvuelve.

Finalmente, yendo al supuesto de que un juez pueda realizar una interpretación basado en criterios de interpretación noética propia de la teoría cognitiva clásica, convirtiéndose en un aplicador mecánico de la ley; esto significaría que, perpetuando el Estado Legal de Derecho, modelo que ya ha sido superado. Los Jueces y Fiscales de nuestro país deben garantizar el respeto de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales como parte de su labor, y para cumplir con los propósitos del Estado, mismo que les otorgó el poder para el cumplimiento de sus funciones.

Esta complejidad en la actividad interpretativa, se puede ver reflejada, por ejemplo, en la Sentencia de Segunda Instancia N.º 10-2013-Lambayeque, donde se muestra perfectamente como el supuesto “texto claro y expreso de la ley” al que se refiere el prevaricato de derecho, puede referirse al resultado de la interpretación de una sola ley, pero también, al significado del ordenamiento jurídico para el caso concreto (Apelación N.º 10-2013-Lambayeque, Fundamento 4.6); en este caso, si en ese proceso de interpretación, se encuentra una norma Constitucional incompatible con una norma legal, el Magistrado, ya sea Juez o Fiscal, debería poder hacer uso del denominado Control Difuso

de la Constitución para poder dejar de aplicar la norma legal y salvaguardar la norma Constitucional; sin embargo, se hace contradictorio que si para conocer el texto supuestamente expreso de la ley, se deba realizar un interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, luego se sancione al Magistrado, por cumplir este precepto de unidad del sistema jurídico.

3.4.2. LÍMITES A LA POTESTAD DE CONTROL DIFUSO FRENTE A LA COMISIÓN DE PREVARICATO DE DERECHO

La potestad de control difuso tampoco es absoluta, sino que posee límites dentro de los cuales puede desarrollarse, o condiciones para ser aplicado, al respecto, y para tener un criterio formal de análisis, nos podemos remitir a la Consulta EXP N.º 1618-2016, donde la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, establece que las normas legales tienen presunción de constitucionalidad, por lo que el control constitucional difuso debe realizarse con una adecuada motivación, de modo que se pueda corroborar que, la decisión ha sido tomada “actuando conforme a los fines de preservar la constitucionalidad, que no se está vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, que no se está actuando en contra del ordenamiento jurídico, ni utilizando en control difuso para fines distintos a los permitidos”, así se desarrollan las reglas que rigen el ejercicio de la potestad de control difuso de la siguiente manera:

i. Partir de la presunción de constitucionalidad de las leyes, de modo que la afirmación de incompatibilidad constitucional está a cargo de quien la

afirma, y debe ser probada objetivamente.

ii. Realizar un juicio de relevancia, es decir que la incompatibilidad constitucional deberá estar vinculada a las condiciones del caso en particular, y la inaplicación de la norma legal deberá demostrar relevancia para la resolución del caso.

iii. Labor exhaustiva de interpretación, indica que la decisión de inaplicación de una ley, por medio del control difuso de constitucionalidad, solo deberá darse luego de haber realizado todos los esfuerzos interpretativos posibles para encontrar un sentido constitucional de la misma, y no haber sido posible.

iv. Identificación de derechos fundamentales y la finalidad de protección, criterio que se refleja al aplicar un test de proporcionalidad en el caso en concreto para descubrir si la inaplicación de la norma legal es proporcional al grado de protección de derechos fundamentales afectados (Consulta Exp. N.º 1618-2019, Fundamento 2).

Apreciamos que, lógicamente, la potestad de control difuso, tiene límites, reglas y procedimientos necesarios para ser aplicada, y solo deberá hacerse en casos de *ultima ratio*, donde la interpretación armónica del sistema jurídico (Interpretación cognitiva moderna) no haya logrado encontrar el sentido armónico de la ley; es así que los jueces no pueden dejar de observar el cumplimiento de estos criterios a la hora de desarrollar su actividad; sin embargo, consideramos que, a pesar de que los Magistrados cumplan con estas reglas, se ven irrazonablemente limitados en su potestad de aplicar el control difuso de la Constitución porque, de todas formas están expuestos a ser denunciados por delito de

prevaricato de derecho, como se apreció en el R.N.N.°273 -2018 Huánuco, en la que los Jueces Supremos declararon la nulidad de la Sentencia que condenaba a Godofredo Loli por la comisión de prevaricato, en razón de haber declarado fundado un amparo, inaplicando determinadas resoluciones; y, reformándola lo absuelven con el fundamento de que, pese a que se dejaron de aplicar determinados dispositivos normativos, el Juez procesado sí expresó puntalmente sus fundamentos (cumpliendo el criterio verificador de las reglas de aplicación de control difuso); evidenciándose en consecuencia que la potestad de los Magistrados para utilizar control difuso puede servir perfectamente para proteger derechos frente a una ley, consolidando la Constitución, alcanzándose de esta forma, la idea lo más cercana posible a ese ideal de justicia.

El control difuso de la Constitución debe ser reconocido como uno de los pilares de la Democracia Moderna, pues le permite a los Jueces ser constantes vigiliantes de la Constitución, y el fin del Estado de proteger los derechos fundamentales. De este modo ellos están en la capacidad de apartarse de normas legales que contradigan la Constitución, en un caso concreto y específico; sin embargo, si limitamos esta potestad por medio de una norma penal se deja desatendido un amplio rango de situaciones en que los derechos fundamentales pueden verse afectados, ya que si bien, estas situaciones no son comunes en el ejercicio de un Juez en particular, si sumamos a todos los Jueces del territorio nacional, la cantidad de posibles casos se incrementa ampliamente.

Si bien es cierto, es difícil encontrar jurisprudencia exacta donde se contemple un caso de control difuso de constitucionalidad que haya sido calificado como prevaricato de derecho, situación justamente coincidente con lo que hemos venido desarrollando, es decir, que el prevaricato de derecho intimida a los Magistrados para aplicar control difuso; a modo de ilustración podemos considerar un caso contenido en una jurisprudencia para ejemplificar como tal actuar puede ser fácilmente confundido con un prevaricato de derecho.

En la jurisprudencia observamos como la Corte Suprema de Justicia al resolver la Consulta 3850-2019, deja constancia de cómo la “1° Sala Penal Mixta Descentralizada de la Merced-Chanchamayo”, inaplicó el párrafo dos del art.189 - Código Penal, es decir la pena de Cadena Perpetua por robo agravado, basándose en el principio de resocialización, que a su vez contiene los fines de reeducación, de rehabilitación, y sobre todo, de reincorporación a la sociedad del penado, además las funciones que tiene la pena, es decir, la función preventiva y resocializadora de la pena; por cuanto condenar a cadena perpetua impide la materialización de estos principios constitucionales; es así que, se aprobó la sentencia elevada en consulta (Consulta N.º3850-2009, fundamentos cuatro y cinco).

Es así que podemos percibir como en este caso, la norma específica que no fue aplicada fue el aplicar cadena perpetua, siendo una norma, como pocas, clara y expresa; sin embargo, basado en principios constitucionales de función de la pena; justamente aquí se puede

evidenciar como un principio constitucional en un caso determinado debe prevalecer ante una norma legal, incluso cuando es de común aplicación en lo general; y cómo esta decisión bien motivada es confirmada; pero sin embargo, si se quisiera, se puede calificar la conducta como prevaricato de derecho; pudiendo cuestionarse por qué en este caso específico no se aplica la norma legal; pero encontrando suficiente y adecuada motivación en la resolución, la misma fue aprobada.

Quizá de modo paradójico, y solo como analogía con fines ilustrativos, podríamos decir que la Sala Constitucional, al confirmar la forma de ejercer control difuso de la 1° Sala Penal Mixta Descentralizada de la Merced-Chanchamayo, realizó una suerte de control difuso donde se dejó sin efecto el tipo de prevaricato de derecho, pues de haberlo rechazado, se hubiera sido factible iniciar proceso penal contra estos Magistrados por prevaricato de derecho.

Recordemos que cuando, en el Marco Teórico, desarrollamos la teoría del delito respecto al delito de prevaricato de derecho, antijuridicidad, causas de justificación, mencionamos que llegado el momento se haría referencia a tales; es así que consideramos que es en este caso donde el Juez o Fiscal, al emitir su resolución ha optado por realizar control difuso de Constitución, con la consecuente inaplicación de una norma de rango legal, y posteriormente es encausado por prevaricato de derecho; llegados a la antijuridicidad, se tendría una causal de justificación como es el cumplimiento de un deber, dado que realizar este tipo de control es deber de los Magistrados y comprende parte importante de sus

funciones; es así que advertimos como el prevaricato de derecho es incompatible con el cumplimiento de deber de un Juez y de un Fiscal.

Se hace necesario recordar que el carácter punitivo del derecho penal va mucho más allá de la pena, el solo hecho de estar siendo procesado penalmente somete al sujeto a una presión psicológica y social que, incluso luego de una sentencia absolutoria, dejará consecuencias en la persona; sin importar que sea un Magistrado; es así, que, en este caso, incluso dejará una marca en la reputación profesional del Magistrado; por lo cual resulta lógico que éstos traten de evitar a toda costa este proceso penal; dejando de lado la aplicación de control difuso, para decantarse al cumplimiento mecánico de la norma legal; lo que resulta nocivo para un verdadero “Estado Constitucional de Derecho”, es un camino seguro para los Magistrados.

3.4.3. DE LA POTESTAD DE CONTROL DIFUSO Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

De los tres principios elegidos para el análisis, el de la potestad de control difuso es quizá, el que se puede mostrar más fácilmente como un instrumento de la Constitución para salvaguardar la Constitución, y los derechos fundamentales que forman parte de ella, de las posibles normas legales que la afecten. Como vimos previamente, y de acuerdo a Ferrajoli, en el Fundamento de los Derechos Fundamentales, las Constituciones, al ser rígidas, contienen derechos fundamentales que se constituyen como el norte a seguir por el Estado; es esta rigidez, la que impide que el legislador regular, pueda modificar el contenido protegido

de los derechos fundamentales por sobre el límite que la Constitución permite.

A pesar de que el sistema jurídico se define a sí mismo como un sistema ordenado e interrelacionado, no se niega la posibilidad de probables antinomias, que deberán ser resueltas bajo las propias normas establecidas por la Constitución, es así, que si el legislador, siguiendo el procedimiento regular, tratase de lesionar un derecho fundamental en una medida superior, a la que la Constitución lo permite, el Magistrado puede aplicar de modo inmediato, el control difuso de Constitucionalidad; salvaguardando el contenido protegido de un determinado derecho, en tanto que se pueda aplicar un control de constitucionalidad concentrado; y si es que, la norma a inaplicar solo resulta inconstitucional bajo las circunstancias específicas del caso concreto en que el Magistrado decide ejercer tal potestad.

Así, esta potestad se manifiesta como un recurso dado a los Magistrados para proteger los derechos fundamentales de modo inmediato y sin la necesidad de recurrir a un ente diferente, siempre que cumpla con la adecuada motivación de las resoluciones y las reglas establecidas, a las que se hace referencia en la Consulta N.º1618-2016.

El control difuso de constitucionalidad, puede extender su alcance de protección a cualquier derecho fundamental que pueda ser afectado; por lo que su limitación irrazonable no solo pone en riesgo a la función jurisdiccional, sino a cualquier derecho que se vea involucrado en el ejercicio de tal función.

SECCIÓN CINCO: IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN E IDEAS GENERALES

3.5. LA AFECTACIÓN DE TODOS LOS PRINCIPIOS ESTUDIADOS Y SU RELACIÓN A LA NECESIDAD DE CONSTITUCIONALIZACIÓN

A lo largo de este capítulo, se evidenció que el art. 418 del Código Penal resulta siendo problemático para el ordenamiento jurídico peruano, en cuanto a la primera modalidad, la que se ocupa al prevaricato de derecho, por lo que no debe ser considerado como delito. Así, ante la posible modificación del art. 418 – Código Penal (eliminando la sección que contiene el prevaricato de derecho), que contiene al prevaricato de derecho, cuando un Magistrado, dicte resolución o emita dictamen, contrarios al “texto expreso y claro de la ley” sin una adecuada motivación de su resolución; tal accionar debe estar sometido a un procedimiento administrativo disciplinario.

Por el contrario, si el Magistrado al emitir su resolución/dictamen, fundamenta adecuadamente la inaplicación de tal norma legal, basado, por ejemplo, en el control difuso, o la autonomía de la función jurisdiccional, su decisión podría ser revisada en segunda instancia sin ser considerada como delito; pues es lo común que las resoluciones de los Magistrados puedan ser revisadas en segunda instancia sin implicar, necesariamente, una consecuencia sancionadora para el Magistrado de primera instancia.

Para concluir, lo desarrollado hasta este punto puede ser resumido en que, la aplicación del prevaricato de derecho, en nuestro sistema procesal penal, vulnera principios constitucionales, como son la autonomía jurisdiccional y la

autonomía fiscal, la potestad de los Magistrados de ejercer el control difuso, y del principio de mínima intervención penal. Se aprecia cómo el legislador trata de someter a su voluntad a los Magistrados, en razón que, es quien determina el supuesto “texto expreso y claro de la ley”, que en realidad no siempre es claro, son los jueces y fiscales. Por ello, esta primera parte del tipo penal bajo análisis limita innecesariamente el rol del juez y fiscal en su evaluación sobre la constitucionalidad del dispositivo legal, lo que a su vez genera que su autonomía sea puesta en duda.

Este delito de prevaricato de derecho se manifiesta, además como un riesgo para el respeto y desarrollo de los derechos fundamentales, puesto que genera una limitación irracional de la potestad de control difuso; lo que, a su vez, les resta a los Magistrados, una herramienta para salvaguardar a los derechos fundamentales de la posible afectación que ocasiona una norma legal, más allá de la propia vulneración de la función jurisdiccional.

Como se puede ver, el prevaricato de derecho tiene múltiples consecuencias negativas cuando es aplicado en el sistema jurídico peruano, de los cuales, hemos advertido las principales; estas manifestaciones no solo se expresan como meras afectaciones de normas constitucionales, sino que colocan a este tipo penal como un elemento contrario a los factores de constitucionalización de los Estados.

Primero, frente al factor de rigidez constitucional, porque le brindan al legislador regular, la capacidad de cambiar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

Segundo, frente al factor de Interpretación de la Ley, porque la propugnación del supuesto “texto claro y expreso de la ley” pone a la norma legal por encima de la norma constitucional.

Y, tercero, frente al factor de sobre interpretación, porque el denominado “texto claro y expreso de la ley” deja de lado la interpretación sistemática, para regirse únicamente por la literalidad de la norma legal.

En consecuencia, el delito de prevaricato de derecho, se opone a la constitucionalización del estado, con las correspondientes implicancias negativas, de no tener una Constitución viva, y exigible en todos los niveles, la desprotección de los derechos fundamentales, que debería ser la finalidad de la conformación misma del Estado.

Las garantías constitucionales, como las de derecho a la defensa, la presunción de inocencia, y demás consignadas en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución guardan relación directa a la necesidad de una verdadera constitucionalización de nuestro Estado, ya que, si no se cumple con esto, y retrocedemos a un Estado Legal, el delito de prevaricato de derecho prevalece sobre las garantías constitucionales, es decir, que en un Estado Legal de Derecho, para que las garantías se respeten éstas deberían ser desarrolladas en una norma legal determinada.

De esta forma la garantía jurisdiccional ordinaria, que debería ser la determinada por la Constitución y sus principios, se ve debilitada ante la derivada, que viene a ser determinada por la necesidad de promulgar una norma legal para recién poder aplicar una garantía, situación que no tiene sentido, puesto que debería ser de forma inversa, ya que la Constitución

debería tener por sí misma aplicación directa y efectiva, como se menciona comúnmente, estar viva.

Esta es una muestra evidente de la incompatibilidad del delito de prevaricato de derecho en nuestro sistema jurídico, al debilitar la Constitución y sus principios haciéndola depender de la norma legal penal. Esta es una muestra que evidencia como mantener el delito de prevaricato de derecho en nuestro sistema jurídico es contraria a la lucha por lograr la constitucionalización de nuestro sistema jurídico.

3.6. MANIFESTACIONES ENCONTRADAS DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE PREVARICATO DE DERECHO Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE

El delito de prevaricato de derecho, al ser una norma jurídica, está ubicada en un sistema jurídico, que para nuestro caso tiene características del ius-positivismo, por lo cual su existencia en nuestro orden jurídico, se verificará por la legitimidad del legislador, su grado de jerarquía dentro del sistema donde se desarrolla (grado de imperativismo), y sobre la formalidad con la que se crea la norma; dentro del análisis de jerarquía, al haberse encontrado que este delito es contrario a una norma de grado superior, como son los principios que hemos propuesto a lo largo de este trabajo; se concluye que el tipo penal debe inaplicarse, y, en el mejor de los casos llegar a su derogación.

Al hablar de ius-positivismo adoptado en este trabajo, la consecuencia de la necesidad de derogar el tipo penal de prevaricato de derecho, no requiere de más criterios como justicia, o paz; sino que es una consecuencia lógica obtenida mediante la formulación tácita de un silogismo lógico, compuesto por una premisa mayor (si A entonces B), y una premisa menor (si se encuentra A),

llegando a una consecuencia lógica (entonces corresponde B); que es la forma fundamental en que es aplicada la norma jurídica de cualquier nivel; cuya aplicación es válida nuevamente, no porque sea justa, sino porque usar la técnica dogmática presupone aceptar la legitimidad de la Constitución, en sí misma.

Siendo que el derecho penal, expresado en tipos penales, es una de las armas más poderosas que poseen los detentadores de poder, y esto ha venido siendo así incluso desde los modelos de gobiernos previos a la Democracia, resulta especialmente necesaria la existencia y reforzamiento constante de tal Estado Constitucional de Derecho, donde las normas constitucionales reaccionen ante los intentos del legislador de hacer abuso de poder, o de manipulación de los Magistrados; lo que vulneraría la división de poderes, o facultades, del Estado, socavando las bases mismas de nuestro Estado, ello por cuanto, el legislador, mediante la creación de tipos penales puede recortar las facultades del poder judicial, creando un fuerte desbalance y, en casos extremos, anulando la capacidad del poder judicial de realizar control sobre los otros dos poderes del Estado.

Es importante considerar además que en nuestros territorios latinoamericanos se ha observado continuamente una marcada tendencia presidencialista, donde es el Poder Ejecutivo el poder del Estado con mayor influencia en el gobierno de nuestros Estados, tan es así, que incluso se ha verificado como en dos ocasiones, este poder ha disuelto el congreso, manifestación del poder legislativo. Después, el poder legislativo, parecerá encontrarse en un nivel equivalente de poder e influencia que el Poder Judicial, sin embargo, la existencia del tipo penal de Prevaricato de Derecho hace que este aparente

equilibrio desaparezca, es así que, el legislativo, mediante la promulgación de leyes puede condicionar a los representantes del Poder Judicial, como son los Jueces, al cumplimiento de sus disposiciones, terminando con el necesario balance de los tres poderes, y mutándolo a un orden descendiente de poder, encabezado por el ejecutivo, seguido del legislativo y finalizando con el judicial, socavando las bases fundamentales de un Estado Democrático. Este fenómeno se identifica con la afectación al principio de autonomía e independencia jurisdiccional desarrollada en este trabajo, y, por lo tanto, refuerza que no se debe permitir que se continúe con esta limitación.

Además, nuestro sistema jurídico, no solo se caracteriza por el iuspositivismo, sino que se decanta hacia el constitucionalismo, mismo que, como apreciamos, se evidencia en siete factores (de acuerdo a Guastini), factores como la Rigidez Constitucional, la Garantía Jurisdiccional, la Constitución con determinada fuerza vinculante, la Sobre-interpretación Constitucional, la Existencia de aplicación directa, la Interpretación conforme de la ley y las Relaciones políticas influenciadas por la Constitución (Guastini, 2010. pp. 153).

Estos conceptos son importantes porque en tales factores del Estado Constitucional, se puede verificar la inconstitucionalidad del fenómeno que se despliega al aplicar el tipo penal de prevaricato de derecho en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico; y es que, al aplicar el tipo penal referido, se aprecia, por ejemplo, falta de rigidez constitucional, o falta de sobre-interpretación constitucional, manifestando inadecuación del delito de prevaricato de derecho a la norma constitucional.

Otra forma de apreciar la inadecuación del delito de prevaricato de derecho con el Estado Constitucional, es que su aplicación genera una afectación a los derechos fundamentales; tal es así que, como vimos previamente, los derechos fundamentales son considerados como límites al poder de los soberanos, y como leyes de los más débiles; indican condiciones adecuadas para la supervivencia y desarrollo de las sociedades. Si bien ningún derecho es absoluto, ningún legislador puede afectar el contenido constitucional del mismo por encima de lo que la propia Constitución permite; además, la protección de los derechos humanos no solo se agota en el hecho de no vulnerar un derecho fundamental, sino que obliga al Estado a la creación de normas, mecanismos y/o instituciones que aseguren la protección y desarrollo de tales derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, al haberse observado que el delito de prevaricato de derecho afecta a uno de los mecanismos creados por el Estado, para la protección de un derecho fundamental como son los principios de Autonomía jurisdiccional, potestad de Control Difuso, y principio de mínima intervención no puede mantenerse vigente en nuestro sistema jurídico.

CAPITULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

A continuación, se presenta la propuesta legislativa de modificación del artículo 418 del Código Penal.

1. Título

“LEY QUE DEROGA LA SECCIÓN DEL ARTÍCULO 418 DEL CÓDIGO PENAL QUE CONTIENE EL DELITO DE PREVARICATO DE DERECHO”

1.1. Tipo

La presente propuesta legislativa es de tipo modificatoria (supresión parcial del tipo penal), por cuanto busca la eliminación de solo una parte del artículo N.º418 del Código Penal de 1991, es decir, respecto a la parte que contiene el subtipo de prevaricato de derecho, dejando intactas las consideraciones referentes a los subtipos de prevaricato de hecho, prevaricato por insubsistencia normativa; y las consecuencias jurídicas de tales.

2. Parte Introductiva

Lidia Elvira Albán Zapata, Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Magister en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Particular Guillermo Urrelo, Cajamarca; con estudios terminados de Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Federico Villarreal; estudiante del Doctorado, mención Derecho, en la Universidad Nacional de Cajamarca. Fiscal Provincial Penal titular del Distrito Fiscal de Cajamarca, Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa reconocido en el Artículo 107 de la Constitución Política del Estado, propone el siguiente Proyecto de Ley:

2.1. Antecedentes

La imparable evolución de las sociedades humanas, conlleva en sí misma la necesidad de evolución de los modelos de Estado, así, con la Ilustración Francesa, se establecieron los criterios necesarios para la existencia del Estado Legal de Derecho, modelo en el cual, la aplicación estricta de la ley fue uno de sus fundamentos, ello, por cuanto, la excesiva legalidad fue una de las principales garantías de la primacía de la voluntad del legislador (el pueblo); sin embargo, este modelo ha sido superado para pasar a un Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución se alza como una norma viva de aplicación directa, y que inspira a todo el sistema jurídico; sin embargo, aún se pueden apreciar rezagos del antiguo modelo superado; un ejemplo de estos rezagos, es justamente la primera sección del artículo 418 de Código Penal, es decir, el prevaricato de derecho, que se identifica con la primacía de la ley; situación que, evidentemente, enfrenta conflictos con los dispositivos normativos de otro tipo de Estado, como es el Constitucional.

Esta situación tiene diversas manifestaciones, que no pueden citarse taxativamente, pues dependerán de cada caso en particular, sin embargo, consideramos que se pueden identificar puntos de conflicto fundamentales en los principios de la función jurisdiccional y los principios del derecho penal; ello por cuanto, son los Magistrados quienes brindan vida efectiva al derecho mediante su aplicación en cada caso concreto, y en el derecho penal, como arma más violenta para obligar al cumplimiento del derecho a los ciudadanos.

De este modo, se ha identificado una situación problemática en la legislación peruana, que debe ser solucionada, de modo que se mantenga la prevalencia de la norma Constitucional, propiciando de tal modo, los fines del Estado, como son la paz y el respeto de los derechos fundamentales, como condiciones mínimas que permitan la subsistencia y desarrollo de las sociedades.

Sobre el Prevaricato de derecho:

Liz Patricia Benavidez Vargas, abogada y de ocupación Fiscal Adjunta Suprema, en su publicación titulada “El Delito de Prevaricato en el Perú”, desarrolla la forma en que nuestro tipo penal puesto a análisis evolucionó, incluso desde la antigua Roma (codificada en el documento denominado Digesto; y luego en nuestro ámbito nacional, pasando desde el Código Penal de 1831, el de 864, el de 1924, hasta llegar a su tratamiento actual en nuestra legislación. Ella señala que, los doctrinarios, al respecto del delito de Prevaricato, coinciden en determinar su génesis en la República Romana, alrededor del año 509 a.C., en el vocablo “*prevaricatus*” (“*prae*”= antes + “*vicare*”=traspie). (Benavides Vargas, 2017, párrafo 19)².

Los antecedentes legislativos del prevaricato de derecho son los siguientes:

1. Código Penal de Santa Cruz – 1831.

Este código establecía el delito de prevaricato de la siguiente forma:

“Artículo 344. comete prevaricación todo funcionario público que en el ejercicio de sus funciones procede contra las leyes, ya haciendo lo que ella prohíbe expresa y terminantemente o dejando de hacer

² Benavides Vargas, L. P. (2017). El delito de prevaricato en el Perú. Lex Facultad de Derecho y Ciencia Política, 19. Recuperado de: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/viewFile/1377/1345>

lo que ordenan del mismo modo, por interés personal o soborno o por afecto o desafecto a alguna persona o corporación o en perjuicio de la causa pública o tercero interesado. Los prevaricados perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno público, sin perjuicio de sufrir otras penas que merezcan por otros delitos que cometan en la prevaricación”.

Al analizar rápidamente este tipo penal, podemos advertir cómo el delito de prevaricato se agotaba únicamente en el derecho y se establece una sanción con carácter de deshonor.

Luego, en 1863, en el Código Penal promulgado en tal año, el delito de prevaricato se establecía en el Artículo 170, donde se expresaba que comete prevaricato:

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

Posteriormente en el Código Penal de 1924, el tipo penal de prevaricato se establecía en el Artículo 354, así:

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

Se puede advertir que ya se acercaba a su tratamiento actual, pero con una consecuencia penal incluso más gravosa que en nuestros días, ya que además se habla de una pena de multa e inhabilitación.

Así, llegamos a la actual configuración del prevaricato, donde se presentan tres modalidades:

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

En este sentido, la primera modalidad, es decir, el prevaricato de derecho, se refiere al incumplimiento de una norma expresa y clara, con un contenido obligacional del cual no existen dudas a la hora de realizar su interpretación; la segunda modalidad, denominada “de hecho”, se hace referencia a la creación fraudulenta de medios probatorios, o a la exoneración ilegal de medios de prueba existentes; y, finalmente, la tercera modalidad se da para los casos en que Jueces y Fiscales aplican normas que ya no se encuentran vigentes.

Si nos trasladamos al aspecto de la teoría del delito, en la tipicidad subjetiva, se aprecia la necesidad de una acción eminentemente “dolosa”.

3. Parte Sustentatoria

3.1. Exposición de Motivos

Antes de iniciar la parte sustentatoria, se hace necesario precisar que el siguiente análisis solo hace referencia al subtipo de Prevaricato de Derecho, contenido en una sección del artículo 418 del Código Penal, mas

no a los subtipos de prevaricato de hecho, ni al prevaricato por insubsistencia normativa; subtipos a los que no hacemos ninguna referencia y que, por lo tanto, quedarán intactos en el citado artículo del Código Penal.

A. SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Otra de las características del Estado Constitucional de Derecho es que, para la aplicación de las normas, los operadores jurídicos necesitan realizar una interpretación constructiva, en la que se debe considerar, como expresa Dworkin, el Derecho es un modelo de reglas y de principios, por lo que la solución al caso ya tiene existencia previa al proceso judicial, donde el juez solo tendrá que descubrir esta solución. La inclusión de principios al concepto de derecho hace que se pueda encontrar una solución al caso, incluso si no existe una norma específica para tal finalidad, la discrecionalidad que puede manifestar el Juez es una de tipo débil, donde los principios lo orientan, pero, aunque tienen que realizar una actividad compleja, no le brindan la capacidad de decidir por su cuenta el sentido de la solución de la causa; de esta forma, el Juez deja de tener un papel de mero aplicador mecánico de la ley, sino que ejerce una fuerte labor argumentativa en la interpretación, pero sin llegar al grado de creación de derecho (Quispe Astoquilca, 2017)³.

En este contexto, la búsqueda del denominado “texto claro y expreso de la ley” se hace imposible de mantener en un Ordenamiento Jurídico

³ Quispe Astoquilca, C. (2017). Revista Derecho y Sociedad. Derecho y Sociedad, (48), p. 124-136.

Constitucional, pues, una interpretación cognitiva clásica no es suficiente, ni respeta el Constitucionalismo. En este caso la interpretación constructivista, por parte de los Magistrados, se puede utilizar como un tipo de interpretación que asegure el respeto de los preceptos de la Constitución en sociedades en permanente evolución, en las que, la intención del legislador, que pudo ser suficiente en la época en que fue positivizada, requiere de un elemento de actualización; que correspondería al Juez, quien, como parte de la sociedad actual, se ve influido ineludiblemente por el lugar, época y cosmovisión propia de su época, pero partiendo de los preceptos constitucionales, por medio de la argumentación jurídica, y la interpretación dianoética (del sistema jurídico en conjunto), que le permitan construir el sentido actual y más adecuado de la norma, para el momento y el ámbito específico donde se requiere encontrar la solución a la causa puesta a su consideración.

El haber establecido legalmente, la expresión “texto expreso y claro de la ley”, y, sobre todo, el exigir, bajo amenaza de pena, a los Magistrados, que se rijan por dicho “texto expreso y claro de la ley”, los remite a la obligación de aplicar criterios de interpretación cognitiva clásica (noética), que son justamente los que consideran la existencia de un texto claro y expreso de la ley, establecido por el legislador, donde el juez no tiene ningún grado de discrecionalidad, y se constituyen como meros aplicadores mecánicos de la voluntad legislativa, panorama que no es compatible con el elemento de actualización constante (lugar, tiempo y cosmovisión de la sociedad), y por tanto no permite una Constitución viva.

B. SOBRE LA AFECTACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

A la hora de referirnos a la incompatibilidad del prevaricato de derecho, como norma legal, frente a principios constitucionales, como parte de la Constitución, nos remitimos a consideraciones de inconstitucionalidad por jerarquía de normas; de este modo, esta forma de entender la primacía de la Constitución nos identifica con la doctrina ius-positivista, es decir, que la norma Constitucional deberá prevalecer sobre la legal por su propio nivel jerárquico en el ordenamiento jurídico, y, no por consideraciones de moralidad.

Que las normas de la Constitución gocen de supremacía ante cualquier otra norma de cualquier nivel que integran el Sistema Jurídico, donde los derechos fundamentales tienen un rol protagónico, nos identifica como un Estado Constitucional de Derecho, modelo que, de acuerdo a Guastini, posee los siguientes factores:

a. Rigidez constitucional, por la que, la Constitución no es afectada por un procedimiento regular, sino que tiene mecanismos especiales y elevados, de este modo ni el poder de legislar, ni el de aplicar la norma puede más que el núcleo constitucional. b. Garantía Jurisdiccional, que se refiere a los medios de control constitucional, por el cual las normas legales han de estar direccionadas por las constitucionales. c. Constitución con determinada fuerza vinculante, se refiere a que todas las que se hallan contempladas en la Constitución, son exigibles efectivamente, en el momento actual, teniendo, entonces, plena capacidad de generar efectos jurídicos. d. Sobre-interpretación

Constitucional, orientada a que los operadores jurídicos encargados de interpretar las normas constitucionales realicen una interpretación extensiva que determine la solución a todos los conflictos posibles de contenido jurídico. e. Existencia de aplicación directa, es decir, que son de plena aplicación en el ámbito de las relaciones entre particulares. f. Interpretación conforme de la ley. Toca el denominado control de constitucionalidad de las leyes, por el cual, la interpretación de una ley debe realizarse de modo en que su conclusión permita conseguir del mejor modo el cumplimiento de la finalidad de la norma constitucional. g. Relaciones políticas influenciadas por la Constitución. (Guastini, 2010. pp. 153)⁴.

De este modo, el prevaricato de derecho, mediante el uso de la expresión “texto claro y expreso de la ley”, es contrario a los factores de “rigidez constitucional”, pues una norma legal afecta la aplicación de normas constitucionales, de “garantía jurisdiccional” al no permitir el control difuso de constitucionalidad; y de “sobre-interpretación” pues limita al juez como un mero operador mecánico.

C. SOBRE LA INCOMPATIBILIDAD DEL PREVARICATO DE DERECHO CON EL SISTEMA FINALISTA

No se puede dejar de lado, que nuestro sistema penal, está adscrito a la teoría de la acción finalista; al respecto de tal, es un concepto ontológico,

⁴ Guastini, Ricardo. 2010. «La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones». En Interpretación, Estado y Constitución. Lima: Ara Editores.

es decir, que no se agota en lo jurídico, y final, referido a que pasa por encima de la causalidad, al estar determinado por la finalidad de la propia voluntad (comprendida como “direccionamiento consciente del curso causal de la acción emprendida”). Aquí, el elemento que une a la acción con el resultado ya no se agota en la relación de causalidad simple, sino que por las relaciones de causalidad que el sujeto activo diseña para conseguir su fin, proscribiendo la responsabilidad objetiva. Sin embargo, en el aspecto de tipicidad subjetiva del prevaricato de derecho, se presenta una enorme dificultad dogmática de la formación dolosa, en primer lugar, el elemento del conocimiento de estar apartándose del texto claro y expreso de la ley podría parecer imposible de negar en un Magistrado, sin embargo, es posible, incluso a pesar que tal suceso configure una falta de diligencia del Magistrado, que deberá recibir las sanciones administrativas correspondientes no configuraría dolo, excluyendo al Magistrado de responsabilidad penal. Segundo, la voluntad del Magistrado de apartarse del texto claro y expreso de la ley resulta aún más difícil de probar, dado que, incluso si existiera, bastará con el Juez o Fiscal realice una motivación adecuada en su resolución/dictamen, expresando las razones de su apartamiento para su decisión, siendo incluso que, si tal motivación es deficiente, nuevamente nos hallaríamos frente a una falta de diligencia del Magistrado, pero no ante una posibilidad de acreditar objetivamente la voluntad de alejarse del texto de la ley por razones fuera de la legalidad. Tercero, llegados al supuesto ya de por sí difícil, de que se haya demostrado objetivamente el dolo en el apartamiento del “texto expreso

y claro de la ley”, se tendría que probar que el ánimo detrás de este apartamiento tiene que ver con la consecución de intereses personales, con ánimo de lucro, o para realizar favores.

Sin embargo, el prevaricato de derecho ignora estos criterios de configuración dolosa, al sancionar el simple apartamiento del texto legal, es decir, usando criterios meramente objetivos, se identificaría más adecuadamente con la teoría funcionalista; modelo que utiliza a la pena como un arma para asegurar la fidelidad al derecho, incluso por sobre la persona

D. SOBRE LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA JURISDICCIONAL

El principio de autonomía e independencia jurisdiccional, se halla contemplado en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, y, de acuerdo a los criterios establecidos por la CIDH, se desenvuelve en dos ámbitos: El primero de ellos es la dimensión institucional, donde se analiza el grado de independencia con las instituciones. La segunda dimensión, se refiere a la independencia a nivel funcional, por la cual ésta se desenvuelve individualmente, otorgando la capacidad a los operadores, de desenvolver libremente sus funciones al interior de la entidad (CIDH, 2013)⁵. De esta forma, y como, ha quedado claramente establecido, la independencia jurisdiccional, es una garantía necesaria para asegurar el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*. Washington D.C., Estados Unidos de América: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es por la dimensión funcional, que los magistrados tienen independencia en el ejercicio de sus funciones, y, siendo la principal función que ejercen, la de interpretar la ley, y el ordenamiento jurídico; en concordancia con las propias particularidades del Magistrado, como son la época, lugar y visión del mundo propia de la sociedad en la que se desenvuelve; se genera la posibilidad de haber llegado a un resultado interpretativo diferente al que otros Magistrados pueden obtener en su tarea de interpretación de la norma examinada, como parte del ordenamiento jurídico.

Por el contrario; la obligación que impone el prevaricato de derecho al Magistrado de aplicar el “texto claro y expreso de la ley”, compartiendo los mismos criterios interpretativos a todos los Magistrados, con un grado absurdo de exactitud, presupone la inexistencia posibilidad de autonomía jurisdiccional, ligando al Magistrado al cumplimiento mecánico de la ley, que como vimos, es propio de la teoría cognitiva de interpretación jurídica, identificable, con Estados Legales, como los de la iluminación francesa, mas no, con los Estados Constitucionales Modernos.

E. SOBRE LA TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Siendo que, el Principio de Mínima Intervención entiende el derecho penal como el arma más violenta y reservada únicamente para los supuestos de hecho más graves y cuando los otros medios de control han fallado; consideramos que cuando el prevaricato de derecho al establecer una pena a un Magistrado por apartarse del texto expreso y

claro de la ley, ya ha cometido una vulneración lo suficientemente grave para accionar al ius puniendi, olvida que el cumplimiento de las funciones del Juez y el Fiscal, como labor que es, también es pasible de una sanción administrativa.

Así, la jurisprudencia nacional ha negado el razonamiento por el cual un Magistrado, solo por el hecho de haber llegado a un resultado interpretativo distinto al esperado por otro Magistrado, ya sea constitutivo de prevaricato; ello lo podemos apreciar cuando la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ica, en la Apelación N.º 08-2011 manifiesta que el fiscal imputado, Saavedra Palomino, en su dictamen cuestionado, en el cual manifestó su concordancia con otorgar beneficio de semilibertad a un imputado sentenciado por violación sexual en agravio de menor, lo cual está prohibido expresamente por Ley N.º 28704; sin embargo, se determina que tal Dictamen no poseyó adecuada motivación, siendo que basó gran parte de su contenido en el Informe Evaluativo del Consejo Técnico Penitenciario; siendo así, al no existir una motivación suficiente que demuestren dolo en la actuación del Magistrado (Fiscal), la Sala Penal Permanente resuelve absolviéndolo, por cuanto su conducta no resulta típica, sino que únicamente constituye una falta de diligencia. (Apelación N.º 08-2011 Ica, Fundamento Undécimo).

Apreciamos cómo en el caso anterior, existe la posibilidad real y evidente de que la actuación de un Magistrado, que en primer momento pueda ser calificada como prevaricadora, resulte no ser típica por falta de tipicidad subjetiva, ello incluso en un caso de falta de diligencia; cuánto

menos será pasible de ser considerada dolosa en un caso en que, el Magistrado, mediante la argumentación jurídica pueda demostrar que su decisión de no aplicar cierta norma obedece a criterios jurídicos válidos, y a su Autonomía Jurisdiccional y Fiscal para realizar una valoración jerarquizada y lógica de las normas en aparente conflicto.

F. SOBRE LA LIMITACIÓN IRRAZONABLE DE LA POTESTAD DE CONTROL DIFUSO

Llegados a este punto, es quizá donde más se puede notar la importancia de la labor interpretativa del derecho por parte de los Magistrados, ello es así debido a que, si una actividad interpretativa noética (que se relaciona al “texto claro y expreso de la ley”) no es siquiera suficiente para la más sencilla de las causas judiciales, mucho menos lo será en el caso en que se haga necesario aplicar control difuso de constitucionalidad, causas que, por su propia naturaleza compleja de contraposición normativa, requieren interpretación dianoética a través de la construcción de razonamiento argumentativo para encontrar la solución establecida por el ordenamiento jurídico, y que resulte más adecuada con el respeto de la Constitución, y protección a los derechos humanos.

Una actividad caracterizada por la argumentación, como es la construcción de la premisa normativa tan compleja para aplicar silogismo jurídico que culmine en la decisión aplicar control difuso, poseerá una numerosa fundamentación en principios generales del derecho y derechos fundamentales, que por sus propias características, como son que, los principios generales del derecho no están expresamente

positivizados, y que, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, tampoco lo está, sino que será el juez quien lo extraiga en cada caso al que se enfrenta, hace que sea imposible hablar de un resultado interpretativo único; sino que nuevamente estará influenciado por la realidad en la que el Magistrado se desenvuelve.

Finalmente, yendo al supuesto de que un juez pueda realizar una interpretación basado en criterios de interpretación noética propia de la teoría cognitiva clásica, convirtiéndose en un aplicador mecánico de la ley; esto significaría que, perpetuando el Estado Legal de Derecho, modelo que ya ha sido superado.

3.2. Análisis Costo-Beneficio

Esta iniciativa no genera gasto alguno al erario público, por el contrario, su aprobación contribuirá a proteger la primacía de la Constitución, y con ello, los fines del Estado, como son la paz y la protección de los derechos fundamentales.

Así, los efectos se verificarán a nivel de aplicación directa del derecho, es decir, en el ejercicio de la Magistratura, tanto de Jueces, como Fiscales, quienes podrán hacer uso de la autonomía jurisdiccional, control difuso, y asegurar el principio de mínima intervención del derecho penal.

3.3. Efecto de la vigencia de la norma en nuestra legislación nacional

La propuesta legislativa no afecta las disposiciones contenidas en la Constitución Política del Perú, su propósito es derogar la sección que contiene el subtipo de prevaricato de derecho, contenido en el artículo 418 del Código Penal, con la finalidad de frenar la afectación de principios

constitucionales y principio penal que genera la aplicación del prevaricato de derecho, en nuestro sistema jurídico, como Estado Constitucional de Derecho.

4. Parte Resolutiva

Se propone a los legisladores de nuestro país, que, se derogue en parte el artículo 418 del Código Penal, en lo referente a la sección del mismo que contiene el subtipo de prevaricato de derecho, ello debido a que es un tipo penal incompatible con el modelo de Estado Constitucional de Derecho, identificándose más adecuadamente con el superado Estado Legal de Derecho, incompatibilidad que se ha verificado con las afectaciones encontradas en la autonomía jurisdiccional, potestad de control difuso y principio de mínima intervención del derecho penal; de este modo el artículo 418 deberá quedar del siguiente modo:

Artículo 418. Prevaricato

El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, citando 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.

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que el delito de prevaricato de derecho sí afecta a la dimensión funcional del principio de Autonomía de los Jueces y Fiscales, porque mediante la expresión “texto claro y expreso de la ley” obliga a los Magistrados a ser meros aplicadores mecánicos de la ley y del sentido de la misma; de este modo se deja de lado el componente de actualización constante que caracteriza una Constitución viva propia de los Estados Constitucionales, mismo que solo se puede desarrollar mediante la autonomía otorgada a los Magistrados para encontrar el sentido interpretativo del ordenamiento jurídico en su conjunto y aplicable al caso en concreto, que no puede ser idéntico al que el legislador determinó en su momento.
2. La aplicación del delito de prevaricato de derecho sí manifiesta implicaciones que limitan irrazonable de la potestad de control difuso que deberían gozar los jueces y fiscales, porque el mecanismo de control difuso, como mecanismo de *ultima ratio*, requiere de una compleja construcción argumentativa producida a través de interpretación jurídica constructivista, misma que no es compatible con la simple interpretación noética a la que obliga el delito de prevaricato de derecho al prohibir el apartamiento del “texto claro y expreso de la ley”.
3. El delito de prevaricato de derecho guarda relación directa con la transgresión del Principio Penal de Mínima Intervención, porque dentro de nuestro sistema de tipo finalista, la acción delictiva debe estar orientada a la consecución de una finalidad contraria al ordenamiento jurídico en la que se identifica responsabilidad subjetiva (conocimiento y voluntad) mientras que el delito de prevaricato de

derecho, pretende sancionar el mero apartamiento del texto de la ley que se identifica más con responsabilidad objetiva propia de un sistema funcionalista, dejando de lado que el derecho penal solo debe ser usado en las circunstancias de mayor gravedad donde además de un suceso objetivo se requiere de un grado de determinación del Juez o Fiscal de defraudar el ordenamiento jurídico.

4. Se propone la modificación del tipo penal contenido en el artículo 418 del Código Penal de modo que se elimine la sección correspondiente al prevaricato de derecho, dejando intactas en el tipo las modalidades de prevaricato de hecho y prevaricato por insubsistencia normativa.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a los legisladores de nuestro país que se evalúe el artículo 418 del Código Penal, en lo referente a la sección del mismo que contiene el subtipo de prevaricato de derecho, ello debido a que es un tipo penal incompatible con el modelo de Estado Constitucional de Derecho, identificándose más adecuadamente con el superado Estado Legal de Derecho, incompatibilidad que se ha verificado con las afectaciones encontradas en la autonomía jurisdiccional, potestad de control difuso y principio de mínima intervención del derecho penal.

LISTA DE REFERENCIAS

- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. (Trad. de E. Díaz, E. Garzón Valdés, A. Greppi y A. Ruiz Miguel). Madrid, España: Trotta.
- Carbonel, M. y García, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Castillo Alva, J. L. (2002) Principios de Derecho Penal Parte General (Primera edición febrero 2002) Valencia Españas Edita Tirant Lo Blanch
- Chanamé Orbe, R. (2015). *La Constitución Comentada*. (9ª ed.). Lima, Perú: Ediciones Legales.
- Cianciardo, J. (Ed.) (2006) *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Lepalma.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*. Washington D.C., Estados Unidos de América: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Donna, A. (1995). *Teoría del delito y de la pena – tomo 2*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Ferrajoli, Luigi. (2016). *Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Frisancho Aparicio, M. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Guastini, R. (2010). «La constitucionalización del ordenamiento: concepto y condiciones». En Interpretación, Estado y Constitución. Lima: Ara Editores.

- Guastini, R. (2018). *La interpretación de los textos normativos (Traducción al español)*. México, México: Derecho Global Editores.
- Lifante Vidal, I. (1997). *La interpretación en la teoría del derecho contemporánea*. Alicante, España: Universidad de Alicante.
- Muñoz, F. y García, M. (2015). *Derecho Penal Parte General* (9 edición).
- Nino, C. S. (1994). *Derecho, Moral y política: Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona, España: Ariel.
- Pereira Menaunt, A. (2011). *En defensa de la Constitución*, Lima, Perú: Palestra Editores.
- Pons, M. (2008) *La (i)legitimidad democrática del control constitucional de las leyes*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Radbruch, G. (1944). *Filosofía del derecho*. Madrid, España: Revista del Derecho Privado.
- Ramos Núñez, C. (2018). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. (5ª ed.). Lima, Perú: Lex&luris.
- Sar, O.; Álvarez, E.; Ríos, P. (2013). *Constitución Política del Perú: sumillada, concordada y anotada artículo por artículo, con los precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios de Derecho Constitucional. Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú.
- Zagrebelsky, G. (2009). *Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (Trad. de M. Gascón). (5ª ed.). Madrid, España: Editorial Trotta.

Revistas Impresas

Quispe Astoquilca, C. (2017). Revista Derecho y Sociedad. *Derecho y Sociedad*, (48), p. 124-136.

Ramos Núñez, C. (1995). El código napoleónico: fuentes y génesis. *Derecho & Sociedad*, (10), p. 153-161.

Salazar Lizárraga, M. (2014). Autonomía e independencia del poder judicial peruano en un estado social y democrático de derecho. *Ciencia y Tecnología*, 10 (2), p. 147-161.

Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (14), p. 317-358.

Revistas Online

Benavides Vargas, L. P. (2017). El delito de prevaricato en el Perú. *Lex Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 19. Recuperado de:

<http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/viewFile/1377/1345>

Fernández Segado, F. (1999). El control normativo de la constitucionalidad en el

Perú: crónica de un fracaso anunciado. *Revista Española de Derecho*

Constitucional No. 56. Recuperado de:

https://www.jstor.org/stable/24883251?seq=1#page_scan_tab_contents

Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*. Recuperado de:

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/articulo/view/5772/7599>

Marcone, J. (2005). Hobbes, entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Scielo – Andamios Vol. N.º 2*. Recuperado de:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632005000300006

Monroy Rodríguez, A. A: (2013). Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad? *Derecho y Realidad* 21. Recuperado de

https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4827/3922/

Sentencias y casos judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de enero de 2001). Sentencia del Caso Tribunal Constitucional vs Perú. [MP. Cancado Trindade].

Corte Interamericana de Derechos Humanos (16 de febrero de 2021). Sentencia del Caso Cordero Bernal vs Perú. [MP. Ferrer Mac-Gregor Poisot].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Primera Sala Penal Transitoria (07 de febrero de 2017). Apelación N° 20-2015 Puno. [MP. Príncipe Trujillo].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente. (15 de octubre de 2018). Apelación N° 9-2015 Sullana. [MP. Sequeiros Vargas].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente. (30 de abril de 2018). R. N. N.º 273-2018 Huánuco. [MP. Sequeiros Vargas].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente. (05 de febrero de 2019). Recurso de apelación N.º 6-2018 Ayacucho. [MP. San Martín Castro].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente. (05 de diciembre de 2011). Recurso de Apelación N.º 08-2011 Ica. [MP. Calderón Castillo].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente. (15 de julio de 2014).

Recurso de Apelación N.º 10 – 2013 Lambayeque. [MP. Barrios Alvarado].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social

Permanente. (22 de junio de 2010). Consulta N.º 3850-2009. [M.P. Vásquez Cortez].

Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua de la Corte Superior

de Justicia de Amazonas. (22 de setiembre de 2016). Sentencia del Expediente N.º 00194 - 2009 [0163 - 013]. [M.P. Zabárburo Saavedra].

Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la

República. (16 de agosto de 2016). Consulta N.º 1618-2016. [M.P. Llama More].

Tribunal Constitucional. (05 de junio de 2008). Sentencia del Tribunal Constitucional

Expediente N.º 579-2008-PA/TC – Lambayeque . [M.P. Calle Hayen].

Sitios web y documentos electrónicos

Añón, M. (2002). Derechos fundamentales y Estado Constitucional . *Universidad de*

Valencia. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1112740.pdf>

Arbulú Martínez, V. J. (07 de mayo de 2011). *El delito de prevaricato de Jueces y*

Fiscales. Universidad de Friburgo. Recuperado de:

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_04.pdf

Alexy, R. (2001). *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. Universidad de Coruña.

Recuperado de:

<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf>

- Castillo Calle, M. A. (2012). *La Norma Jurídica en el Sistema Legislativo Peruano*. Academia Jurídica Pacta Sunt Servanda. Recuperado de: http://www.academiajuridicapactasuntservanda.es/mediapool/113/1134364/data/La_Norma_Juridica_en_el_Sistema_Legislativo_peruano.1.pdf
- Cea Egaña, J. (2004). *Sobre el Estado constitucional de derecho como paradigma jurídico*. Scielo. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100020#r15
- Krzywon, A, (2020), *La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7547223>
- Himma, K. E. (2014). *Positivism jurídico incluyente*. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872014000100010
- Pozzolo, s. (2015). *Apuntes sobre el Neoconstitucionalismo*. Biblioteca UNAM. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>
- Ruiz Molleda, J. (2009). *Estado constitucional de derecho, democracia y descentralización*. Congreso de la República. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf)
- Ruiz Molleda, J. (2019). *El Test de Proporcionalidad como herramienta para analizar la constitucionalidad de las medidas de fuerza en el contexto de las protestas sociales*. La Ley. Recuperado de:

<https://laley.pe/art/7594/el-test-de-proporcionalidad-como-herramienta-para-analizar-la-constitucionalidad-de-las-medidas-de-fuerzas-en-contexto-de-protestas-sociales>

Salgado Ledesma, E. (2013). *La necesaria autonomía de la jurisdicción administrativa*. En J. Fernández Ruiz y F. Otero Salas (Coord). *Justicia contenciosa administrativa. Congreso Internacional* (pp. 107-122). UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/9.pdf>

Wolterskluwer. (2018). *Intervención mínima del derecho penal*. Wolters Kluwer.

Recuperado de:

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjAxNjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAai9aTzUAAAA=WKE