

Informe de Investigación

Título: El Prevaricato

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Prevaricato, Prevaricación, Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, Sanciones penales y administrativas.
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 01 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a)PREVARICATO.....	2
b) I. Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.....	5
II. Prevaricación	6
A) Prevaricación cometida por jueces.....	6
III. B) Prevaricación cometida por funcionarios públicos.....	9
IV. C) Prevaricación cometida por abogados y procuradores.....	10
c)EL PREVARICATO.....	12
1 — Antecedentes y bien jurídico.....	12
2 — El prevaricato de los jueces y personas equiparadas.....	13
3 — Prisión preventiva y cómputo ilegal.	15
4 — El prevaricato de los auxiliares de la justicia.	17
d)Delitos contra la Administración Pública.....	18
1. Bien jurídico protegido.....	18
2. Concepto de funcionario público.....	19
3. Sanciones penales y sanciones administrativas.....	20
4. Prevaricación de funcionario público.....	21
3 Normativa.....	22
ARTÍCULO 350.- Prevaricato.....	22
4 Jurisprudencia.....	23
a)Prevaricato: Elementos constitutivos del tipo y concepto de "resolución administrativa".....	23
b)Desestimación: Denuncia contra magistrados por el delito de prevaricato.....	24
c)Prevaricato: El concepto ley debe entenderse en sentido restrictivo y no incluye	

resolución en contra de jurisprudencia de sala penal.....	27
d)Prevaricato: Alcances del concepto "resolución administrativa".....	37
e)Prevaricato: Delito que solo pueden cometerlo funcionarios que dictan resoluciones	40
f)Prevaricato: Presupuestos.....	40
g)Desestimación: Disposición de asignar magistrados para la tramitación de un recurso de amparo no configura el delito de prevaricato.....	41
h)Prevaricato: Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones que en ejercicio de sus atribuciones interpretan los alcances de una disposición jurídica constitucional no lo configura.....	42
i)Prevaricato: Integrantes de Concejo Municipal que otorgan permiso temporal para colocar construcción removible en Zona Pública de la Zona Marítima.....	44

1 Resumen

El presente informe trata el tema del prevaricato, se desarrolla por medio de doctrina, normativa y jurisprudencia. Explicando temas como: el prevaricato, su concepto, los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargo, la prevaricación de jueces y personas equiparadas, el bien jurídico protegido, concepto de funcionario público, entre otros.

2 Doctrina

a)PREVARICATO

[Carrara]¹

La palabra *prevaricato*, derivada del verbo *praevaricari* (desviarse del camino recto), se emplea en tres significados distintos. A veces tiene un sentido lato y vulgar, y expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre; así Salomón prevaricó a causa de las mujeres, y así alguno es enviado al manicomio porque prevaricó con la mente. En sentido jurídico tiene a veces un significado más amplio, y designa todo acto de un empleado público en que se aparte de los deberes de su cargo o use de este para un fin ilícito. Pero el sentido *estricto y propio* en que la doctrina y la jurisprudencia toman la palabra *prevaricación o prevaricato*, y que es el que se emplea en el presente título, expresa únicamente los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra estos y contra la confianza que se les otorga.

Por lo tanto, incurre en el delito que vamos a explicar, *todo el que, al ejercer la profesión de defensor o apoderado de una de las partes, se pone de acuerdo con el adversario, con miras de lucro y en perjuicio de su propio cliente*. El análisis de esta definición nos facilita el camino para exponer los caracteres esenciales del delito.



Digo al ejercer la profesión de apoderado, pues creo que en esto consiste el primer elemento del delito de prevaricato, desde el punto de vista de la *persona*. En los tiempos primitivos era imposible llevar a la realidad el concepto de una clase de ciudadanos destinada exclusivamente al patrocinio de las partes en sus controversias; todo se hacía entonces en el juicio, sin ningún orden y según la ocasión: se improvisaban los acusadores, que eran los ofendidos o sus partidarios; se improvisaban los jueces, que eran los más ancianos de la tribu, y se improvisaba también a los apoderados, si algún amigo o pariente del acusado quería presentarse a sostener la inocencia de aquel; así leemos en las sagradas páginas que Susana, acusada calumniosamente como impúdica, se vio inesperadamente salvada por la ayuda espontánea de Daniel, que de modo voluntario asumió su defensa.

Pero cuando los progresos de la civilización constituyeron el orden judicial, fue preciso, por necesidad correlativa, que se constituyera la clase de los abogados, es decir, que del mismo modo que la autoridad social escogía a ciertos ciudadanos a quienes les confería la facultad de actuar como jueces, así también la facultad de defender en los juicios los intereses ajenos, debía restringirse a un número de personas a las cuales, bajo las condiciones debidas, debía darles licencia esa autoridad misma. Estas condiciones eran las de probidad y capacidad, deducidas de ciertos hechos anteriores de los que aspiraban a ser incluidos en ese número.

Una vez constituida la clase de los abogados o curia como cuerpo privilegiado y distinto, requería la justicia que puesto que iban a concedérsele derechos especiales, así también debían imponérseles a sus miembros deberes especiales, y sobre todos, el de la fidelidad para con los particulares que le confiaran a alguno de esos funcionarios la defensa de sus propios intereses en las controversias forenses. Tal fue el origen de los delitos *proprios* de los apoderados, y más especialmente del delito de *prevaricato*, al que los romanos preferían dar los nombres más particulares de tergiversación (como si dijéramos *volver la espalda*, *tergum o terga vertere*), si se cometía al acusar, y de *colusión*, si se cometía de otro modo.

Una vez constituida la curia, es preciso que el prevaricato se convierta en un delito especial de los que pertenecen a ella; de aquí que entre los elementos de este delito se requiera el de la persona, que generalmente los códigos contemporáneos exigen que sea un *procurador* o un *abogado*. Pero no repugna que en algunos ordenamientos civiles pueda ampliarse la facultad del patrocinio, en las causas penales o también en las civiles de menos importancia, admitiendo en el cargo de apoderado a un particular no adscrito a la curia, pero que el tribunal escoge en cada caso para esas funciones, según las circunstancias lo pidan. Entonces, cuando se adopta este sistema, bien puede sostenerse que también a esos individuos es aplicable de modo *impropio* el delito de prevaricato, puesto que habiéndoseles confiado ese encargo por un acto de la autoridad judicial, pueden considerarse como investidos de una confianza pública a la que no pueden faltar sin delito.

Pero cuando la intervención del particular en un pleito es simplemente tolerada, y cuando el defensor de una de las partes es elegido por mera confianza de ella entre sus demás colegas, ya no veo en tal elección sino un acto de confianza privada, un mandato ordinario; por esto, aun cuando el elegido traicionara por venalidad a su cliente, aliándose con el adversario, no vería en esta maldad un motivo de alarma pública que mereciera elevar a delito civil esa acción, por reprochable que sea. Impútese a sí mismo el perjudicado su ceguera en la elección, mas no podrá decir que fue engañado por las cualidades que de manera presunta le atribuía a ese individuo la autoridad que lo llamó a la curia y lo destinó a esa función especial; ni tendrá razón para pedir el amparo de las leyes punitivas, ya que ninguno de los ciudadanos, augurándose mayor cautela, siente disminuida por ese hecho la opinión de su propia seguridad; ni podrá tampoco afirmar que se ha abusado de una función pública, ya que en el ejercicio de ella la autoridad pública fue

meramente pasiva.

Por otra parte, el que sin considerar el origen del encargo, viera en el patrocinio de las causas un acto de función pública que por sí mismo constituye un objeto jurídico que interesa a todos los ciudadanos, podría muy bien, al definir el prevaricato, prescindir de todas estas distinciones.

Lo cierto es que casi todos los códigos modernos limitan el título de prevaricato a la deslealtad de los abogados y de los procuradores, y así puede decirse que este requisito de la persona predomina hoy en la práctica. Y es cierto también que el hecho de estar ejercido el patrocinio con *retribución* o *gratuitamente*, no muda las condiciones esenciales del delito. El curial que asume una defensa de oficio, sea que lo haga espontáneamente o por haber sido nombrado por el juez, tiene deberes de lealtad con su cliente, ni más ni menos que el que recibe amplia retribución por su trabajo; lo cual va de acuerdo con la índole *social* de este delito.

En nuestra definición de prevaricato aparece la fórmula *se pone de acuerdo*, y en ella encontramos el verdadero momento consumativo del delito; así queda resuelto el problema más importante de este asunto, en el sentido de que la perfección del delito está en el contrato. Tenemos una primera proposición indiscutible, y es que para la consumación del prevaricato es indiferente que la parte traicionada haya o no perdido el pleito a causa de malas artes, pues el juez pudo suplir muy bien la falta de defensor, y el cliente traicionado pudo haber obtenido absolución o triunfo a pesar de la perversidad del apoderado.

Esto puede llevar a que se diga que el delito tuvo *efectos menos graves*, pero a pesar de ello será perfecto, y como tal deberá imputarse. El objeto jurídico de este delito no está en los bienes del litigante ni en la libertad del acusado, sino en la pulcritud del cargo, que a todos los ciudadanos les interesa mantener intacto, y las sagradas funciones de apoderado quedan conculcadas por completo y arrojadas al fango, cuando se realiza perversamente un pacto ilícito.

Empero, la duda puede surgir cuando se considera lo que el apoderado ha hecho u omitido después de realizar el torpe convenio. Si una vez obtenido del adversario el precio de la traición, lo engaña y asiste con denuedo a su cliente, logrando el éxito de sus deseos, ¿podrá deducirse, para eximirlo de la imputación de prevaricato, que se manchó con un simple fraude para combatir la perfidia con la perfidia? ¿Podrá afirmarse que con ese hecho le sirvió mejor a su cliente, ya que el adversario, confiado en la simulación de la lucha, descuidó medios más eficaces en su propia defensa, o en una palabra, podrá decirse que ya no es culpable de prevaricato porque nunca tuvo la intención de vender su propio oficio?

Si la consideración de los intereses del litigante tuvieran fuerza sobre el ánimo, estas deducciones podrían servir para excluir el título más grave de prevaricato; pero si se persiste en considerar este delito como *social* y en reconocer su objeto en la profanación del cargo, es preciso rechazar este sistema y juzgar culpable de prevaricato al abogado que se vende al adversario, aunque después lo engañe, cumpliendo con celo los deberes que se le confiaron. Solo podrá decirse entonces que el delito tuvo *efectos menos graves*, por hecho y voluntad del culpable mismo, y puede tenerse en cuenta esa circunstancia como criterio conmensurante; pero el delito siempre debe imputarse como *consumado*.

De la misma manera puede haber controversia acerca de la hipótesis de la propuesta *no aceptada*. Conforme a lo que se dijo al tratar de la *corrupción*, el autor principal del delito de prevaricato no puede ser sino el apoderado; el particular que lo corrompió y lo compró no es sino un cómplice del delito. Como deducción jurídica de este principio, también es preciso decir aquí que el tercero que

le ofrece al abogado algún precio para que traicione a su cliente, no es autor de *tentativa* punible de prevaricato, pues no puede admitirse tentativa de complicidad.

Sin embargo, este raciocinio, que parece tan claro y que se acepta comúnmente, puede dejarnos vacilantes cuando se supone que la propuesta no partió del litigante, sino del apoderado mismo, después de haber aceptado el encargo de defender a una de las partes, mientras el rechazo partió de la parte contraria.

En esta hipótesis diversa, que invierte la figura comúnmente contemplada, no puede ya emplearse el trillado argumento de la tentativa de complicidad; aquí es el futuro autor principal el que ofrece vender su cargo, y al decir que se ha manchado con una *tentativa de prevaricato*, no se incurre en el absurdo de considerar como *autor* de tentativa a quien, en un delito consumado, no habría sido *autor* del delito. Para sostener, pues, que tampoco el abogado es culpable de tentativa de prevaricato cuando le propone al adversario hacerle ganar la causa si le da alguna recompensa, hay que partir de los fundamentos de la tentativa y decidir si esa oferta y esa petición fueron o no fueron un principio de ejecución del delito, o más bien un mero acto *preparatorio*.

Pero como el criterio del acto preparatorio que no constituye tentativa punible consiste, para nosotros, en que no es unívoco, y en este caso es evidente que el fin sí lo es (suponiendo que la propuesta es seria), partiendo de este orden de ideas se llegaría a la conclusión de ver en ese hecho del apoderado una tentativa punible, y ciertamente al que sostuviera esta tesis no podría acusársele de error o de contradicción a los principios.

b) I. Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos

[Cuello]²

Los funcionarios públicos, como los simples particulares, pueden ser sujeto activo de gran número de infracciones contenidas en el Código y su cualidad de funcionario sólo constituirá una agravante si en la ejecución del hecho punible se prevalecieron de su carácter público (artículo 10, 10.a). Pero existen ciertos delitos que son propios de estos funcionarios, entre ellos los "delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes" (tít. II, cap. II, sección 2.a) y algunos otros como los penados en los arts. 131, 302, 308, 312, etc. Pero como justamente escribe Viada, a poco que se observe se verá que la cualidad de funcionario público no es indispensable para la comisión de la mayor parte de estos delitos, así, por ejemplo, la falsedad en documento público lo mismo puede ser cometida por uno de estos funcionarios (art. 302) que por un particular (art. 303). Por el contrario, en las infracciones comprendidas bajo el epígrafe anterior, en el título VII del libro segundo del Código, que vamos a estudiar, el sujeto del delito ha de ser forzosamente un funcionario público, pues no se concibe su comisión por persona que no posea dicha cualidad; así no puede haber delito de prevaricación consistente en dictar sentencia injusta (artículos 351 y sigts.) sin juez que la dicte, ni delito de usurpación de atribuciones (arts. 377 y sigts.), sin funcionario público que las usurpe. Esto no quiere decir, como el mismo Viada observa, que no puedan también tener participación en el delito en concepto de coautores, cómplices o encubridores, otras personas que no tengan el carácter de funcionarios públicos, pero lo cierto es que sin la concurrencia en el hecho de tales funcionarios, sin su intervención como agentes principales del mismo, no puede comprenderse el delito en ninguno



de los artículos que este título contiene.

Para los efectos del mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 119, *se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección o nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas.*

II. Prevaricación

El texto legal no ha fijado el concepto jurídico de la prevaricación. Según su acepción común, con la que coincide la jurisprudencia, consiste en faltar maliciosamente a los deberes que impone el ejercicio de un cargo o profesión. El concepto jurídico de la prevaricación desde el punto de vista penal, como vamos a ver, es diverso y más restringido. El Código distingue varias clases de prevaricación: A) La cometida por jueces. B) La cometida por funcionarios públicos. C) La realizada por abogados y procuradores.

A) Prevaricación cometida por jueces.

Incurren en este delito:

a) El juez que, a sabiendas, dictare sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito (art. 351).

Historia. — Numerosos preceptos relativos a este delito hállanse en nuestro antiguo derecho (Fuero Juzgo, lib. II, tít. I, ley 19, y libro VII, tít. IV, ley 5°.; Fuero Real, lib. II, tít. II, ley 2°.; Part. III, título XXII, ley 24), pero en algunas de estas fuentes la prevaricación se identifica con el cohecho. En las Partidas se halla la base de la penalidad talional que en este punto inspiró todos nuestros Códigos penales, hasta que el de 1928 tomó en esta materia una orientación más racional y humana. El Código penal de 1822 previó estos delitos (artículo 451) penándolos, cuando tenían lugar en causa criminal, con criterios de tipo talional. Los preceptos del Código penal de 1848 y los del Código penal de 1870, salvo en lo relativo a la penalidad de tipo talional, son casi idénticos a los del vigente.

Sujetos de este delito son los magistrados de los tribunales penales.

Son elementos de este delito:

- 1.º Una sentencia dictada en causa criminal. Es indiferente que la sentencia se haya ejecutado o no.
- 2.º Que la sentencia sea injusta, es decir, no ajustada, contraria a la ley. No basta un mero error de interpretación o de aplicación de la ley, ha de tratarse de una injusticia manifiesta.
- 3.º Que la sentencia sea en contra del reo, es decir, en su perjuicio.
- 4.º Que la sentencia se dicte a sabiendas, con conciencia de que el fallo es injusto. La jurisprudencia exige la intención deliberada de faltar a la justicia, mas no creo precisa la

concurrancia de este dolo específico pues la ley no lo exige, basta que el juez proceda con conciencia de la injusticia del fallo. Los móviles del delito son indiferentes, es lo mismo que la sentencia injusta se dicte por odio, o venganza o por favorecer a otro. Si el juez o magistrado fueren movidos por ánimo de lucro, a causa de dádiva recibida o prometida, serán además culpables de un delito de cohecho, penándose ambos hechos separadamente.

La intención delictuosa característica de este delito es menester se pruebe de manera que no deje lugar a duda.

Si hay ausencia de intención dolosa, pero el fallo fuere imputable a negligencia o ignorancia, si fueren inexcusables, el hecho podrá constituir el delito del art. 355. Pero el mero error en la interpretación o aplicación de la ley, cuando no provenga de negligencia o ignorancia inexcusables, no integra este delito.

Penalidad. — Prisión menor si la sentencia no se hubiere ejecutado y en la misma pena y multa de 10.000 a 100.000 pesetas si se hubiere ejecutado. En todo caso se impondrá además le inhabilitación absoluta.

b) El juez que a sabiendas dictare sentencia injusta contra el reo en juicio sobre faltas (art. 352).

Este delito es idéntico al del artículo anterior, tan sólo se diferencia de él en que la sentencia injusta no recae en causa criminal por delito sino en juicio sobre faltas, por lo cual sujetos de esta infracción sólo pueden ser los jueces municipales, comarcales y de paz, los de Instrucción y los magistrados del Tribunal Supremo cuando, respectivamente, conozcan de faltas en apelación o en recurso de casación.

Penalidad. — Arresto mayor e inhabilitación especial.

c) El juez que a sabiendas dictare sentencia injusta en causa criminal por delito o por falta a favor del reo (art. 353).

Este delito es idéntico en sus elementos al del art. 351, salvo que en este caso la sentencia se dicta a favor del reo de un delito o falta.

Penalidad. — Cuando el fallo recayere en causa criminal por delito, prisión menor e inhabilitación especial; si el fallo recaído fuere sobre falta, suspensión.

d) El juez que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución definitiva injustas en asunto no criminal (art. 354).

Sujetos de este delito son los jueces y magistrados de lo civil, contencioso-administrativo, social, etc.

Los elementos de este delito son idénticos a los que integran las anteriores infracciones, con la sola diferencia de que en este caso la sentencia o resolución injusta dictada recae sobre asunto no criminal, sobre asuntos civiles o contencioso-administrativos, o sociales, cualquiera que fuere su importancia. La sentencia o resolución injustas han de ser dictadas "a sabiendas", es decir, con conciencia de su injusticia.



Penalidad. — Arresto mayor e inhabilitación especial.

e) El juez que, por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare sentencia manifiestamente injusta (art. 355).

En los artículos anteriores castiga el Código la prevaricación dolosa, aquí se pena la culposa, la imputable a negligencia o ignorancia inexcusables.

Sujetos de este delito son los jueces y magistrados.

Sus elementos son:

a') Que se dicte una sentencia manifiestamente injusta ya esté dictada por un juez municipal o de primera instancia o por magistrados, ya se trate de asunto criminal, civil, contencioso-administrativo o social; en materia criminal es indiferente que sea contra o a favor del reo.

b') El juez ha de proceder con negligencia o ignorancia inexcusables. Según el art. 262 de la ley Orgánica, precepto que es aplicable al campo penal, la negligencia o la ignorancia son inexcusables cuando, aunque sin intención, se hubiere dictado providencia manifiestamente contraria a la ley, o se hubiere faltado a algún trámite o solemnidad, mandada observar por la misma, bajo pena de nulidad. Si la sentencia injusta obedece a ignorancia excusable no hay delito. Debe tenerse en cuenta que el error en la aplicación de la ley no lleva siempre aparejada la ignorancia o negligencia inexcusables.

Penalidad. — Inhabilitación especial.

f) El juez que, a sabiendas, dictare auto injusto (art. 356).

Concurren en este delito los mismos elementos que en las formas de prevaricación dolosa comprendida en los artículos anteriores, con la nota especial de que la injusticia no se comete en sentencia, sino en auto. Refiérese este precepto a los autos de todo género, los dictados en asuntos criminales, civiles, etc.

Es preciso que se trate de una injusticia que viole de modo claro y evidente la ley. El mero error en su aplicación no integra este delito.

Como expresa la locución a sabiendas, es menester la concurrencia de dolo — conciencia de la injusticia y voluntad de cometer el hecho, — en caso contrario no hay delito.

Penalidad. — Suspensión.

g) El juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley (art. 357).

Historia. — Ya en el antiguo derecho se establecían severas penalidades contra los jueces que rehusaran administrar justicia (Fuero Juzgo, lib. II, tít. I, ley 18; Fuero Real, lib. I, tít. VII, ley VIII; Partida III, tít. VII, ley 1^o.). También en el Código penal de 1822, así como en los posteriores, fueron castigados como prevaricadores los jueces culpables de semejante negativa. Los preceptos del vigente Código son idénticos en esta materia a los del de 1870, 1932 y 1944.



Sujetos de este delito son sólo los jueces y magistrados.

Ya el Código civil (art. 6.º), en su título preliminar, que como es sabido se refiere a todas las leyes, y por consiguiente a las penales, declara que el tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad. El juez tiene pues el deber, de juzgar y fallar. En los asuntos civiles, cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del derecho (art. 6.º del Código civil), pero en los asuntos penales, si no hay precepto penal aplicable al hecho en cuestión, deberá el juez abstenerse de todo procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º del Código penal, pero si existe precepto aplicable, aun cuando el juez lo considere oscuro, deberá interpretarlo y aplicarlo so pena de incurrir en la sanción de este artículo. Como el hecho constitutivo está integrado por la negativa del juez a juzgar en cualquier clase de asunto civil o criminal, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, si se negare a juzgar bajo cualquier otro pretexto no incurriría en esta infracción.

Es éste un delito intencional. La negativa siempre ha de presumirse voluntaria y maliciosa, mientras no se pruebe lo contrario.

Penalidad. — Suspensión.

h) También incurre en prevaricación el juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia (art. 357, párrafo segundo).

Historia. — En nuestras antiguas leyes ya se establecen penas contra los jueces culpables de retardo en la administración de justicia (Fuero Juzgo, lib. II, tít. I, ley 18; Fuero Real, lib. I, tít. VII, ley 8.º; Part. III, tít. VII, ley 1.º); en la Nov. Recopilación se ordena a los jueces que cuiden del breve despacho de las causas y que no las retrasen. Los Códigos de 1822, 1850, 1870, 1928, 1932 y 1944 penaron también estos hechos.

Sujetos de este delito son solamente los jueces y magistrados.

Sus elementos son: 1.º Un hecho de retardo en la administración de justicia, ya sea civil, criminal o de otra clase. 2.º Que el retardo sea malicioso, intencionado, lo que según la jurisprudencia no sólo significa que sea intencional sino también con ánimo de perjudicar. No haber empleado la diligencia y actividad que exige el cumplimiento del deber no es suficiente para la existencia del delito. El retardo producido por ignorancia o negligencia no es punible.

Penalidad. — Suspensión.

III. B) Prevaricación cometida por funcionarios públicos

Cometen prevaricación:

a) El funcionario público que a sabiendas dictare resolución injusta en asunto administrativo (art. 358).

Sujetos de este delito son solamente los funcionarios públicos que por razón de su cargo puedan dictar resoluciones en negocios administrativos.

Son elementos de este delito: 1.º Que se dicte una resolución injusta en negocio administrativo. 2.º Que se dicte a sabiendas de su injusticia, es decir, con conocimiento de que la resolución dictada es contraria a la justicia. El mismo delito se comete cuando la resolución injusta fuere dictada por negligencia o ignorancia inexcusables (art. 358, párrafo segundo), pero si la injusticia sólo fuere imputable a mero descuido el hecho no será constitutivo de este delito.

Penalidad. — Inhabilitación especial.

b) El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes (art. 359).

Son sujetos de este delito todos los funcionarios, tanto judiciales como administrativos,³ que por razón de su cargo tengan el deber de promover la persecución y castigo de los delincuentes; los individuos que conforme al art. 283 de la ley de Enjuiciamiento criminal constituyen la Policía judicial, están aquí comprendidos.

Son elementos del delito: 1.º Omisión por parte del funcionario del deber de promover la persecución y castigo de los delincuentes, de los reos de delito como de los de falta. 2.º Que la omisión sea maliciosa, es decir, no basta que el funcionario adopte voluntariamente una actitud pasiva, es preciso que obre con conciencia de que falta a la obligación de promover la persecución y castigo de aquéllos. Sin malicia no hay delito. El escaso celo en el cumplimiento de los deberes del cargo no es suficiente para integrarlo, tampoco el mero retardo.

Penalidad. — Inhabilitación especial.

IV. C) Prevaricación cometida por abogados y procuradores.

Cometen este delito:

a) El abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido de ellos conocimiento en el ejercicio de su profesión (art. 360) .

Historia. — Ya el derecho romano obligaba a los abogados al mantenimiento del secreto profesional (Dig., 1. 25, De test., XXII V). En el antiguo derecho español se penaba severamente la revelación del mismo, así como el engaño en perjuicio de las partes realizado por los abogados (Part. III, tít. VI, leyes 9, 10 y 15; Part. VII, tít. XVI, ley 111); (Nov. Recopilación, lib. V, tít. XXII, ley 12). El Código de 1822 (art. 423) y todos los posteriores penaron también la violación de este secreto profesional, estos últimos la penaron como un delito de prevaricación.

Sujetos de este delito son solamente los abogados y procuradores, a los que el texto legal equipara en este caso a los funcionarios públicos.

El texto legal pena aquí dos hechos diversos: perjudicar al cliente y descubrir sus secretos. Perjudicar equivale a causar un daño al cliente en sus intereses materiales o morales. Dicho perjuicio debe ser realizado por el culpable en el ejercicio de sus funciones abusando de ellas con malicia o por negligencia inexcusable, o por ignorancia que tampoco pueda ser excusada.

Descubrimiento de secretos. — Secreto es el hecho o acontecimiento desconocido cuyo mantenimiento oculto interesa a una o varias personas. Para la existencia de este delito, deben concurrir los siguientes elementos:

1.º Descubrimiento de un secreto, lo que significa comunicarlo a otra u otras personas. No es menester que la revelación sea pública, basta la comunicación del secreto, aun hecha a una sola persona, aun en la mayor intimidad. No es preciso que el descubrimiento del secreto cause perjuicio al cliente, pues el texto legal no exige este requisito.

2.º Que el secreto haya sido conocido por el culpable en el ejercicio de su profesión, en caso contrario su revelación no integrará este delito. Es indiferente que el secreto haya sido confiado al culpable o que éste lo haya conocido por otro medio en el ejercicio de su profesión, que haya sido comunicado sin recomendación expresa de discreción o a título estrictamente confidencial. El deber de callar se extiende, no solamente a los hechos que tengan relación con el asunto profesional en que el abogado o el procurador intervienen, sino también a la revelación de todo hecho cuyo oculto mantenimiento interese al cliente, pues el texto legal no distingue clases de secretos, dice simplemente "descubriere sus secretos", locución que comprende todos los secretos.

3.º Concurrencia de malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables. La malicia o el abuso malicioso del oficio presupone en el agente la conciencia del carácter secreto de los hechos descubiertos y de su deber de no comunicar los secretos de que tenga conocimiento (conciencia que debe presumirse en todo abogado o procurador); no es menester ni ánimo de lucro, ni móvil de perjudicar. En cuanto a la negligencia o ignorancia, han de ser inexcusables, como la ley declara. La ignorancia no puede excusarse en el que posee un título que le acredita para el ejercicio de la profesión de abogado o procurador; la negligencia, el descuido o abandono, no puede disculparse en estos que tienen el deber de velar solícitos por los intereses de sus clientes.

El hecho de la revelación de secretos pierde su carácter ilícito cuando el abogado o el procurador sean desligados del deber de callar por la persona interesada en el mantenimiento del secreto o cuando éste fuere contrario a la justicia o al interés social, como, por ejemplo, si el silencio fuera causa de la condena de un inocente, en ambos casos no hay abuso malicioso del oficio, ni puede imputarse la revelación a negligencia o ignorancia inexcusables.

La ley de Enjuiciamiento criminal (art. 416, 2.º) dispensa de la obligación de declarar al abogado del procesado respecto de los hechos que éste le hubiere confiado en su cualidad de defensor. Aun cuando la ley se refiere solamente al abogado, debe considerarse comprendido también en esta excepción al procurador del procesado, porque éste puede haberle confiado hechos cuya publicidad pudiera perjudicarlo. Además, su art. 263 declara que el deber de denunciar no comprende a abogados ni procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. La misma ley (art. 301) también dispone que el abogado o el procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario, será corregido con la multa de 50 a 500 pesetas.

Penalidad. — Suspensión y multa de 10.000 a 50.000 pesetas.

b) El Abogado o Procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa o representación de una parte, defendiere o representare después sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare (art. 361).

Historia. — En nuestro antiguo derecho se hallan disposiciones de este género. En las Cortes de Zamora de 1274 (Alfonso X) se acordó que los "boceros o abogados" que tomaran algo de ambas partes por ayudarles o aconsejarles quedarán inhabilitados para el ejercicio de su profesión, para ser testigos, y para "aver alcaldía ni otro oficio ninguno", y debían "pagar doblado lo que tomaren". Análogas disposiciones en las Cortes de Madrid de 1329 (Alfonso XI).

El texto pena aquí dos hechos diversos: 1.º Que el abogado o procurador que habiéndose encargado de la defensa o representación de una parte, defienda o represente después sin su consentimiento a la contraria en el mismo asunto. 2.º Cuando en iguales circunstancias la aconsejare. En ambos casos es elemento esencial del hecho la ausencia del consentimiento de la parte primeramente defendida, si éste existe no hay delito.

Penalidad. — Inhabilitación especial y multa de 10.000 a 50.000 pesetas.

c)EL PREVARICATO

[Fontán]³

1 — Antecedentes y bien jurídico.

El prevaricato es entre nosotros el típico delito de los jueces. Sin embargo, históricamente se dio antes esa denominación al contubernio entre las partes y a la infidelidad de los apoderados o consultores. En el derecho romano se calificaba de prevaricador al acusador que, habiendo asumido ese carácter en juicio público, llegaba a un entendimiento con el acusado para torcer la justa decisión judicial. Con ese mismo sentido pasó la institución al derecho canónico. En las Partidas aparece ya el prevaricato del juez, que ha de mantenerse como una tradición jurídica hispana, y el de los abogados y procuradores.

La última corriente señalada es la seguida por todos los antecedentes nacionales, de modo que el capítulo correspondiente 110 ha sido objeto de cambios esenciales.

Tomando en cuenta la naturaleza de las acciones previstas en el capítulo del prevaricato, resulta claro que se trata de hechos contrarios a la administración pública y, específicamente, a la administración de justicia. Aunque estos delitos lesionen, generalmente, intereses particulares, el daño que experimenta la administración es el que prevalece para establecer la objetividad jurídica del hecho (Gómez). Recuerda Molinario la etimología de la palabra prevaricato a través de estas palabras de Ulpiano: "Prevaricar llaman los latinos a una manera especial de andar que tienen las personas cuyos huesos de las piernas son largos y al mismo tiempo torcidos; de modo que al andar producen un curioso movimiento de balanceo, por el cual pueden inclinarse ya al lado izquierdo ya

al derecho mientras avanzan. Prevaricar significa caminar torcido, inclinándose de uno a otro lado". Las penas de multa fueron elevadas por la ley 24.286 en los artículos 269 (primer párr.), 270 y 271.

2 — El prevaricato de los jueces y personas equiparadas.

El artículo 269 del Código Penal argentino define el prevaricato de los jueces, a los que equipara, en su caso, con los árbitros y arbitradores amigables componedores. Dispone el artículo 269: Sufrirá multa de tres mil a setenta y cinco mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia Juere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores.

1. La acción descrita en el primer párrafo del artículo 269 consiste en dictar resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo juez o en citar, para fundar una resolución, hechos o resoluciones falsas.

Son dos formas de delito, que responden respectivamente a las modalidades del llamado prevaricato de derecho y prevaricato de hecho. En ambos supuestos la acción propiamente dicha consiste en dictar resoluciones. En un caso son contrarias a la ley expresa invocada; en el otro, se fundan en hechos o resoluciones falsas.

La invocación o la cita debe ser hecha en una resolución, es decir, en ejercicio de la función específica de administrar justicia. Es de señalar que, a diferencia de lo que ocurre en otros Códigos, en el argentino no se habla únicamente de sentencias, sino de resoluciones. La palabra fue introducida por la Comisión de 1891, la que dice hacerlo para "no dejar sin represión la ilegalidad de otros autos, aunque no definitivos, como lo sería, por ejemplo, el que ordenase un embargo no autorizado por la ley". Agrega luego que tales autos pueden ser igualmente graves, y aún más, en ciertos casos, que las sentencias definitivas (Exposición de Motivos de 1891, pág. 206). De modo que toda resolución judicial en la que se decida sobre una cuestión sometida ajuicio es susceptible de prevaricato. Quedan excluidas las decisiones tomadas en función de superintendencia, con las cuales, eventualmente, podrá cometer el juez abuso de autoridad (Soler). El artículo requiere, en su primera modalidad, que la resolución sea contraria a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo juez. Pareciera que hubiera sido suficiente con requerir que la resolución sea contraria a la ley, mas ya veremos el significado de la exigencia a que aquí nos referimos cuando hagamos el análisis del aspecto subjetivo de este delito.

La segunda modalidad del prevaricato es la de hecho, consistente en citar hechos o resoluciones falsas. Tales hechos o resoluciones han de haber sido invocados por el magistrado para fundar la resolución; es decir que debe mediar una relación entre el hecho o resolución falsa citada y el modo de decidirse el asunto sometido a conocimiento del juez.

Es un delito instantáneo, que se consuma en el momento de dictarse la resolución, con



independencia de que se cause daño y de que sea susceptible de recurso. De donde se sigue que la revocatoria en una instancia superior nada significa para la configuración del delito. No parece imaginable la tentativa.

2.El aspecto subjetivo requiere una consideración especial en esta figura. El prevaricato es un delito doloso; sobre éste no se muestran dudas. Ese dolo está constituido no solamente por el conocimiento que tiene el juez de los hechos sometidos a su decisión, sino, también, por sus propios conocimientos y la voluntad de obrar en contra de ellos. Tal requisito recalcado por el tipo cuando exige que las decisiones sean contrarias, no ya a la ley expresa, lo que pudo haber sido suficiente con menores exigencias subjetivas, sino, además, a la invocada por las partes o por el mismo autor del prevaricato, es decir, por el juez. Lo expresado conduce a los autores españoles y alemanes a considerar insuficiente el dolo eventual.

Los conocimientos requeridos en el autor pueden tener el efecto de situarlo al margen de la figura del prevaricato. Sobre esto se plantea el siguiente interrogante: ¿puede un juez "de conciencia", un juez lego, como podría ser un juez de paz no letrado, cometer el delito de prevaricato? La doctrina, en general, se inclina por aceptar la posibilidad del prevaricato de hecho y rechazar la del de derecho para tales supuestos. Estamos en este punto con la opinión de la mayoría, por la razón de que la esencia misma de esta forma del prevaricato en la ley argentina está dada por la contrariedad de la resolución con la ley, cuestión de derecho de la que resulta la necesaria ilegitimidad consciente o, si se quiere, maliciosa, de la decisión. Lo dicho es de toda evidencia si se piensa que el error, aun el error de derecho, excluye la culpabilidad, puesto que no hay prevaricato culposo y el error de derecho dejaría al dolo sin su necesario contenido de conciencia de la criminalidad del acto. Pero es que en el caso concreto del delito que estamos estudiando, el señalado conocimiento pertenece al tipo. El propio Soler, contrario a la distinción que hemos hecho en el párrafo anterior, admite que el error y la ignorancia de derecho excluyen el prevaricato. El Código de 1886 se refería al juez que dicte sentencia definitiva o interlocutoria que tenga fuerza de tal, si fuese contraria a la ley expresa invocada en los autos, salvo prueba de que ha procedido por error. Esto hace decir a Rivarola que nadie puede pensar en que el error debe inculparse.

Entre el error o la negligencia y el dolo hay en el prevaricato una serie de matices intermedios, que es necesario contemplar. El primero de esos matices está dado por la interpretación que el juez debe hacer de la ley para aplicarla al caso concreto. Todo aquello que caiga dentro de los límites de la interpretación está fuera de la figura del prevaricato. El delito se comete cuando el juez sabe que resuelve en contra de la ley; cuando el artículo 269 habla de la ley invocada por las partes o por el juez mismo, quiere recalcar esa posición subjetiva, puesto que la ley invocada por las partes o por el propio juez es, precisamente, la que éste no puede ignorar.

Rivarola hace estas reflexiones: "El error consiste en tomar por verdad lo que no es tal. Hay error en la falsa deducción que se saca de los conocimientos que se tengan; y en este punto puede distinguirse el error de la ignorancia, en cuanto ésta es la falta de conocimientos necesarios para la deducción. Pero la verdad, como la justicia y como todas las ideas absolutas, son poco eficaces cuando se las trae al mundo de las realidades para buscar la solución de hechos positivos. Sucede, por esto, que se llama error no solamente a la falsa apreciación de los hechos, sino la distinta aplicación. ¿Cómo afirmar, entonces, que un juez ha cometido un error? ¿Cuándo su resolución ha sido revocada? Pero entonces pueden ser los tribunales superiores los que están en error. No hay que olvidar que la verdad que se busca en éstos no es en definitiva más que una presunción de verdad, a la que se da aquella fuerza, porque la tranquilidad social exige que los procesos tengan fin" (Exposición y crítica, t. III, pág. 83).



En cuanto al prevaricato de hecho, debe entenderse que el juez invoca "hechos falsos" cuando ellos no existen o, más exactamente, cuando no aparecen constando en los autos que resuelve. No tienen tal carácter aquellas circunstancias que el juez puede considerar probadas o no, de acuerdo con la facultad que le dan las leyes. Falso es invocar un secuestro que no se ha hecho, declarar que un recurso ha sido interpuesto fuera de término, cuando lo fue en tiempo, y cosas semejantes. Las "resoluciones falsas" a que también hace referencia la ley han de tener vinculación con la causa y con lo que en ella se decida. No es forzoso que tales resoluciones se supongan dictadas en el mismo juicio en que se invocan; pueden haberlo sido en otro, si tienen consecuencias para el que se resuelve. Así sucedería, por ejemplo, si se invocara el pago fuera de término en juicio civil o comercial para decidir la existencia de una retención indebida. Lo que importa es la conciencia de la falsedad. Las citas jurisprudenciales quedan fuera de la previsión legal.

Para la opinión dominante, el móvil que inspira la acción carece de todo significado.

3. El segundo párrafo del artículo 269 prevé el caso de que la sentencia prevaricante sea condenatoria en causa criminal. La pena es privativa de libertad y la escala penal severa: de tres a quince años de reclusión o prisión. La pena conjunta de inhabilitación es, al igual que para el primer párrafo, absoluta y perpetua. La razón de la gravedad de la pena se explica por sí misma. El Código de 1886 declaraba que si la sentencia se hubiese ejecutado, siendo condenatoria, el juez habría de sufrir, además de la destitución e inhabilitación, la misma pena que impuso.

El significado de los términos "causa criminal" debe ser entendido en sentido amplio, que comprende, también, los juicios correccionales. Debe tratarse de sentencia condenatoria; la sentencia absolutoria en causa criminal sólo es apta para configurar la forma simple del prevaricato prevista en el primer párrafo del artículo 269.

4. El tercero y último párrafo del artículo 269 declara aplicable, en su caso, a los arbitros y arbitracleres amigables componedores lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo. La remisión únicamente al primer párrafo se explica porque las personas enunciadas no pueden dictar sentencia en causa criminal. El sometimiento de las cuestiones planteadas entre partes a ese tipo de tribunales con funciones decisorias está expresamente previsto en los Códigos de Procedimientos, y se conviene frecuentemente por vía contractual.

3 — Prisión preventiva y cómputo ilegal.

En el artículo 270 se contempla una figura de prevaricato que se aparta un tanto de la figura básica y del concepto tradicional de este delito. La disposición figuraba en el Proyecto de 1891 entre los delitos contra la libertad (art. 171, inc. 9o). Fue el Proyecto de 1906 el que lo situó en el lugar que tiene actualmente, tomándolo del artículo 26, inciso 4o, de la Ley de Reformas 4189 del año 1903.

Dispone el artículo 270: Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

1. La acción consiste en decretar prisión preventiva por delito en virtud del cual no procede o en



prolongar la prisión preventiva que es procedente por más tiempo del que corresponde a la pena máxima fijada para el delito, de acuerdo con el cómputo determinado en el artículo 24 del Código Penal.

Cuando se trata de la prisión preventiva por delito por el cual no procede, no basta con la decisión que contiene el pronunciamiento, el cual puede ser dictado a otros efectos, sino que es preciso que tenga lugar la efectiva detención. Un caso claro de improcedencia de la prisión preventiva sería la que se dictara en un proceso por delito penado únicamente con multa (Díaz; C. Crim. Capital, Fallos, t. 2, pág. 480; t. 3, pág. 377).

El segundo supuesto se refiere al cómputo de la prisión preventiva que excede el máximo de la escala penal determinado para el delito que motiva el proceso. Dos observaciones merece esta parte de la disposición, sobre todo si se toma en cuenta el aspecto subjetivo de esta figura, del que más abajo nos ocupamos. En primer lugar, señala González Roura que la calificación del delito no siempre es fácil, ni aun al dictarse sentencia, cuando se hallan reunidos todos los elementos de juicio, por lo que ha menester que la improcedencia o el exceso resulten de toda evidencia. En segundo lugar, el cómputo de la prisión preventiva a que se refiere el artículo 24 del Código Penal se realiza comúnmente al dictarse sentencia definitiva, a efectos de determinar cuál es el término de la pena que resta cumplir. Es así que ese cómputo no se hace periódicamente durante el proceso, de modo que el error en estos casos aparece como bastante posible.

El hecho se consuma al hacerse efectiva la detención o en el momento en que el término de la prisión preventiva sobrepasa el máximo de la escala penal amenazada para el delito de que se trata. El resultado dañoso, consistente en la imposición de una privación de la libertad indebida en perjuicio del imputado, es aquí indispensable.

2. El aspecto subjetivo de esta figura presenta un problema de interés. Parte de nuestra doctrina lo considera un delito doloso; sin embargo, las reflexiones que hace Soler, que lo llevan a sostener la tesis de que la norma que comentamos se refiere al juez negligente o imprudente que obra con ligereza, por dejadez, o por retardo, son convincentes.

De inmediato llama la atención que la pena para el delito que estamos analizando sea de multa menor que en la figura simple del prevaricato descrita en el primer párrafo del artículo 269. Asimismo, que en el segundo párrafo de ese artículo, referido a la sentencia condenatoria enjuicio criminal la pena amenazada sea de tres a quince años de reclusión o prisión. La lógica, en una interpretación sistemática, hace pensar que la disposición que comentamos, si fuera dolosa, debiera ser sancionada con una escala penal mayor que la que corresponde al prevaricato simple y menor que la determinada para los casos de condena en causa criminal, puesto que decretar una prisión preventiva ilegal es más grave que las formas de prevaricato simple, pero indudablemente menos grave que una condena enjuicio penal. Por otra parte, los delitos de privación de libertad simple (art. 141) y de abuso de autoridad (art. 248), hechos ambos que quedarían comprendidos en esta modalidad del prevaricato, de ser dolosos, están amenazados con pena privativa de libertad, mientras la norma que nos ocupa determina solamente multa.

Así, pues, luego de lo dicho, la única solución posible parece ser la que da Soler: que la figura del artículo 270 no puede ser dolosa. De otro modo, dice, todas las valoraciones quedarían trastocadas, lo mismo que las reglas del concurso (t. V, parág. 146, V). Se prevén, pues, en el artículo 270, los actos de negligencia o imprudencia del juez que hacen posible una prisión preventiva ilegal o la prolongación de la misma medida, legalmente dictada, por un tiempo mayor del que corresponde (en contra: Horacio S. Maldonado, en Manual..., dirigido por Levene [h.], pág.

571).

Autor de este delito sólo puede ser un juez competente en materia penal o correccional. Es lo mismo que ocurre con el sujeto activo del segundo párrafo del artículo 269.

4 — El prevaricato de los auxiliares de la justicia.

Dispone el artículo 271: Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.

1.La acción consiste en defender o representar partes contrarias en el mismo juicio o en perjudicar deliberadamente, de cualquier modo, la causa que se ha confiado al abogado o mandatario judicial. La defensa o representación debe tener lugar enjuicio, según el claro texto de la ley. Quedan comprendidos los juicios de cualquier fuero y la actuación puede ser simultánea o sucesiva. Están excluidos para nuestra ley los abogados que hayan sido consultados por ambas partes, al margen de la actuación judicial. En este sentido ha dicho la Cámara del Crimen de la Capital que el consejo dado, la opinión vertida, la consulta evacuada y el patrocinio de partes contrarias en pleito o procesos distintos quedan fuera de las previsiones de la mencionada disposición legal (sala la, causa 9197, del 15/XI/1968).

La actuación sucesiva enjuicio profesional puede ofrecer la particularidad de que, en el momento de hacerse la segunda presentación, los intereses de las partes puedan haber dejado de ser encontrados. En tal caso, creemos que no habría prevaricato, ya que lo que la ley quiere es que se obre en perjuicio de las partes, lo que resulta claramente de las palabras del artículo 271: "o de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le fuere confiada".

En cuanto al modo de perjudicar la causa que se le ha confiado, puede asumir las más variadas formas: desde el acuerdo con la otra parte, hasta los vencimientos de términos, ocultación de notificaciones, etcétera.

El hecho se consuma, en ambos supuestos, en el momento de causarse un perjuicio. Se trata de un delito material. Piensa lo contrario Oderigo, para quien la defensa o representación simultánea o sucesiva enjuicio es un delito formal. Pero las palabras "o de cualquier otro modo perjudicare" empleadas en el artículo no dejan lugar a dudas. Es posible la tentativa (Manzini). Por ejemplo, ocultación de una notificación de la que el interesado se entera a tiempo, de modo que puede evitar el perjuicio.

2.Para que todos los actos de prevaricato previstos en el artículo 271 adquieran su verdadero significado, es preciso el agregado subjetivo que ha sido puesto en la ley: la exigencia de que el autor obre deliberadamente. Ello es algo más que el dolo, puesto que no basta el conocimiento de que existen intereses contrapuestos entre las partes a las que se defiende, sino que es necesaria una actitud por la que se acepta el perjuicio que se le causará, en general, a una de ellas.

Carece de todo significado el móvil que inspira el acto. Tanto importa, por lo demás, que la defensa o el patrocinio sea gratuito u oneroso; lo que aquí prevalece es la conciencia de causar el perjuicio y el asentimiento a su producción.

3. Sujeto activo de este delito pueden ser los abogados y mandatarios que actúan enjuicio. La ley se refiere a la causa que les estuviere confiada. La actuación puede tener lugar en forma ostensible o encubierta valiéndose de una tercera persona (Moreno). Lo cierto es que, en la práctica, esta última será la forma más frecuente. Autor es aquí el abogado o mandatario, en tanto que la persona interpuesta, si obra con dolo, es un cómplice necesario.

El artículo 272 del Código Penal hace aplicable las previsiones del artículo 271 a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades. Emiten dictámenes los fiscales, los asesores y los defensores de pobres e incapaces. Los peritajes no son dictámenes, sino medios de prueba tendientes a establecer situaciones de hecho. Soler da como criterio general para establecer la distinción que el dictamen responde a un trámite procesalmente establecido para todas las causas del mismo género. No tienen el carácter de dictámenes los meros informes sobre hechos, los que pueden constituir falsedades, pero no prevaricato.

d) Delitos contra la Administración Pública

[Suárez-Mira]⁴

El Título XIX del Libro II del Código Penal regula en sus diez Capítulos los delitos contra la Administración Pública. En él hallan acomodo la mayoría de los tipos que anteriormente se ubicaban en el Título dedicado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos (Título VII CP 1944-73).

1. Bien jurídico protegido

La denominación del título representa una mejora frente a la anterior, al especificar que es una institución fundamental del Estado -la Administración- lo que se ha de proteger. Lo de menos sería la referencia a unos concretos sujetos activos -los funcionarios-.

De todas formas, esa etiqueta no resuelve los problemas de identificación del interés o bien tutelado por tales tipos, pues la Administración no deja de ser una organización al servicio de los intereses generales que ha de promover, proteger y servir, y por ende, no es ese conjunto de órganos lo tutelado en sí mismo considerado, sino en tanto que la Administración ha de atender al interés general. Es en este campo de ideas donde la doctrina ha visto el bien jurídico categorial.

Así, Orts Berenguer entiende que son los *servicios públicos que la Administración ha de prestar* lo que está siendo protegido en estos tipos. En la misma línea, aunque remarcando la función que la Administración cumple en un Estado Social como el diseñado en la Constitución, se encuentra la posición de Queralt, quien habla de la «capacidad de prestar servicios públicos». González Cussac señala que es común a las figuras de este Título el que la función pública sea ejercida correctamente, dentro de la legalidad.

Esta forma de concebir el objeto de salvaguarda no hace más que intentar vincular la regulación penal con las exigencias del artículo 103 de la CE cuando dispone que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa [...] con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Por ese motivo son descartables las interpretaciones que con anterioridad se referían al

prestigio y a la integridad de la Administración como esquema de tutela.

2. Concepto de funcionario público

Entre las cuestiones generales tocantes a la mayoría de las figuras recogidas en este Título y que han de ser abordadas de modo previo y unitario destaca el concepto de funcionario público: **artículo 24 CP.**

El concepto de funcionario público es *funcional*; lo relevante no es la forma de encuadramiento, el régimen de actuación o la dependencia, sino el hecho de que su cometido se centre en el ejercicio de funciones públicas. Así se construye un concepto *autónomo* de funcionario no subordinado al concepto administrativo. Esto lo asume la jurisprudencia cuando dice: «éste es un concepto distinto en las esferas administrativa y penal, pues en esta última vertiente lo que interesa es la participación, de una u otra manera, en funciones administrativas, con independencia de la forma en que haya sido llamado a desempeñarlas» (SSTS de 1-2- 1995, 13-6-1995 y 19-9-2002). Queralt, con ánimo de precisar aún más, observa que el CP no contiene un concepto de funcionario, sino más bien unas pautas para determinar quién lo sea en cada caso.

En consecuencia, es aconsejable delimitar qué elementos concurren a formar esas pautas especificativas de quien ostenta la condición de funcionario público. Para ello, siguiendo la exposición de Queralt, se examinarán tres elementos: primero, habrá que diferenciar las funciones públicas de aquellas que no lo sean -funciones privadas-; segundo, habrá que perfilar cómo se participa en esas funciones; y, finalmente, analizar cuál es el título de intervención.

La noción de **función pública** viene en el Derecho administrativo plagada de dificultades derivadas de la cada vez mayor intervención del Estado en esferas en que antes no se inmiscuía y de la aparición de entes que con ropajes privados desarrollan funciones públicas y de entes públicos que actúan con subordinación a las reglas del mercado. Muñoz Conde entiende por tal toda aquella actividad proyectada sobre el interés colectivo o social. Junto a ello se acepta que quien forma parte, por medio de una relación de servicio, de un ente sometido al Derecho público es un funcionario a efectos penales. Así lo reconoce la STS de 4-12-2001 (Ponente Ramos Gancedo) considerando que, a pesar de las peculiaridades de los médicos del Insalud, éstos son funcionarios a efectos penales (en el mismo sentido *vid.* la STS de 7-11-2001, Ponente Conde-Pumpido Tourón). En ocasiones se atenderá al tipo de funciones a desarrollar, pues en el caso de los Colegios profesionales, que son corporaciones, habrá que estimar concurrente esa condición si desarrollan funciones públicas, como sucede tratándose del ejercicio de potestades disciplinarias.

La **participación en las funciones públicas** requiere que el sujeto esté en posición -dentro de la estructura organizativa- que le permita directamente actuar las potestades públicas. La STS de 23-3-2001 (Ponente Sánchez Melgar) subraya que «no basta con la condición in genere de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional». Esta competencia funcional ha de entenderse de modo no formalista, en tanto que la ausencia de toma de posesión podría frustrar la aplicación de la norma penal, como en el caso contemplado en la STS de 19-12-2000 (Ponente Martín Pallín) que consideró delito de cohecho la compra de un voto de un concejal electo, y que aún no había tomado posesión de su cargo, por actuar en la sesión constitutiva de la corporación en el sentido favorable al que lo compró.

Por último, debe mediar un **título suficiente** de naturaleza legal que permita o justifique esa intervención en las funciones públicas. Así que las intervenciones producidas sin la posesión de un título adecuado para ello no contribuirán a formar ese concepto de funcionario público. En un supuesto límite, la STS de 19-9-2002 (Ponente Sánchez Melgar) consideró funcionario al director-gerente de una Mutua de Accidentes en un delito de malversación, al reputar que estas entidades aparecen integradas en la Seguridad Social, su patrimonio procede de las cuotas de la Seguridad Social y el nombramiento del director tiene que ser autorizado por un organismo oficial.

3. Sanciones penales y sanciones administrativas

En materia de delitos cometidos por funcionarios aparece un doble orden normativo, porque junto a la respuesta penal surge, casi paralelamente, la correspondiente norma administrativa que contempla esa misma conducta y la hace objeto de reproche.

Para la discriminación entre las infracciones penales y las administrativas, vale seguir un criterio cualitativo y otro cuantitativo, según se considere -criterio cualitativo- que el marco de actuación de ambas normas es distinto, y por ello tienen cualidades diferenciadas que se centrarían en la ausencia de lesividad material del ilícito administrativo o en las relaciones de sujeción especial, o bien por entender -criterio cuantitativo- que el ámbito es común, que no es posible diferenciar entre un ilícito administrativo y otro penal, y que por ello la distinción ha de referirse a pautas cuantitativas. Este último es el principio que cuenta con mayor aceptación en la doctrina y que también parece aceptar el TS. Ello es especialmente apreciable en el delito de prevaricación, donde la jurisprudencia ubica el elemento diferenciador con la mera irregularidad administrativa en datos cuantitativos, y así habla de «flagrante y clamorosa», «clara y manifiestamente contraria a la ley».

El Derecho penal sólo se ocupa de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, «constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger» (STS de 28-6-2007).

En cuanto a la concurrencia normativa es factible agrupar las posiciones en dos líneas básicas: la primera considera que no es posible la compatibilidad porque la norma penal consume a la norma administrativa, al suponer el ilícito penal un grado de progresión superior respecto del ilícito administrativo (Octavio de Toledo); la segunda estima que en algunos supuestos cabe la compatibilidad de ambos castigos, dado que la dualidad de sanciones puede obedecer a un distinto fundamento de las mismas (García Albero, García Arán).

El artículo 133 de la LRJPAC asume esa dualidad, pero marcando límites a la misma: «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Por lo que habría de concluirse que en nuestro Derecho tienen cabida las dos respuestas cuando exista algún elemento que rompa la identidad absoluta del hecho enjuiciado, que normalmente ocurrirá por la diferencia de fundamentos de una y otra norma.

4. Prevaricación de funcionario público

La ordenación de la prevaricación se contiene en el Capítulo I del Título XIX, en los artículos 404 a 406. El CP de 1995 aleja la prevaricación de los funcionarios de la prevaricación judicial, a diferencia de las regulaciones anteriores. Por otra parte, no todas las prevaricaciones punibles aparecen dentro de este Capítulo, sino que constan en otros preceptos tales como los artículos 320, 322 y 329, lo que se ha designado como prevaricaciones especiales.

El tipo base está en el artículo **404 CP**: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

El **bien jurídico** protegido se sitúa, en la *función pública como actividad de prestación a los administrados* (López Garrido y García Arán). Se ha abandonado, por lo tanto, la concepción basada en la protección frente a los incumplimientos de los deberes que ligaban al funcionario con la Administración. En esta misma línea se pronuncian las SSTS de 14-11- 2000 y 25-9-2007 al decir que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación.

Sujeto activo del delito ha de ser un funcionario público. Estamos ante delitos especiales por razón del sujeto activo. La STS de 21-3-2001 lo define como delito especial propio.

La actuación de órganos colegiados plantea incógnitas en cuanto a la delimitación de las responsabilidades. A primera vista cabe convenir, con De la Mata, que todo el que vota a favor de una decisión ilegal puede ser considerado coautor del hecho. Pero la cuestión no es tan sencilla; menciona González Cussac las hipótesis del voto por correo o del voto delegado, en las que el sujeto puede haber ignorado determinados informes o advertencias sobre la ilegalidad del acuerdo; o supuestos como el de quien sin votar, precisamente por su abstención, permite que surja una mayoría que adopte la resolución arbitraria.

La **conducta típica** requiere la presencia de dos elementos: la existencia de una *resolución arbitraria*, y que la misma ocurra en *asunto administrativo*.

Con respecto a la resolución, Octavio de Toledo la configura como todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados. El Tribunal Supremo mantiene una opinión semejante (así en las SSTS de 24-3-1992 y 13-6-2003). Consiguientemente, quedan excluidos los actos de trámite, los informes, las consultas o los dictámenes. La STS de 14-11-2003 (Ponente Soriano) considera que no tienen el carácter de resolución las actas de inspección tributaria, pues les falta el carácter decisorio y son susceptibles de anulación por el superior del funcionario según el art. 60 del Reglamento General de la Inspección de Tributos. Asimismo, como apunta Orts Berenguer, se ha de mantener un concepto estricto de resolución.

Tampoco encajan en el concepto de resolución los *mandamientos de pago e informes vinculantes*.

Al analizar el modo de producción de la resolución, o sea, si estamos ante un verbo activo, que impide la comisión por omisión, o por el contrario se podría entender que existe resolución cuando el silencio administrativo es operativo, pues éste equivale a un acto administrativo susceptible incluso de impugnación judicial, la mayoría de la doctrina afirma que el principio de taxatividad

obsta cualquier modalidad omisiva.

El concepto de *arbitrariedad* de la resolución implica que la misma no sea reconducible a los parámetros legales. Como enseña la STS de 23-9-2002 (Ponente Bacigalupo), estamos ante una situación en la que el Derecho ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario.

La *arbitrariedad debe ser expresión de una injusticia*, es decir, los dos términos tienen que aparecer imbricados. El concepto de injusticia manejado por la jurisprudencia y la doctrina es objetivo, que se reconozca con claridad, para lo cual se enfatiza la ausencia de vinculación entre la resolución y la norma. Si la resolución debe ser la concreción de la norma, su falta de correspondencia hace aparecer la injusticia. Así se expresa la Sala 2a: no basta la simple irregularidad o la discordancia interpretativa; la ilegalidad tiene que ser evidente, flagrante y clamorosa, de manera que se encuentre en contradicción con los mínimos esenciales del funcionamiento de la Administración (en este sentido, SSTS de 28-4-2005, 9-4-2007 y 25-4-2008).

Dentro de esa dirección, el TS entiende que existen *cuatro causas* por las que la resolución puede ser *arbitraria*: porque no contenga ninguna fundamentación; porque haya sido dictada por un órgano absolutamente incompetente; porque se omitan trámites esenciales o porque se reconozca una ilegalidad sustantiva.

Es preciso asimismo, como se ha dicho, que la resolución recaiga en asunto administrativo. Sobre este punto subsiste una posición relativamente flexible, pues se demanda que el sujeto sea funcionario y que la materia de su actuación esté regida por el Derecho administrativo. Quedan fuera los actos de naturaleza judicial, los que aun dictados por un funcionario no recaen en el ámbito administrativo (Registro Civil) y los de aquellos otros funcionarios no encuadrables en la esfera administrativa. Sobre este particular es dudoso que el Fiscal pueda ser autor de una prevaricación.

En el aspecto subjetivo, el **dolo** es indefectible en la prevaricación. Las dudas nacen cuando se pregunta la posibilidad de que ese dolo sea eventual. Aunque existen teorías que lo niegan, una parte importante de la literatura científica avala que es posible esta forma de dolo, ya que en caso contrario se producirían resultados poco satisfactorios, como en las hipótesis de funcionarios que teniendo serias dudas sobre la legalidad de su actuación la llevan adelante (así González Cussac).

3 Normativa

ARTÍCULO 350.- Prevaricato

[Código Penal]⁵

Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. Si se tratase de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y

arbitradores.

(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 348 al 350)

4 Jurisprudencia

a)Prevaricato: Elementos constitutivos del tipo y concepto de "resolución administrativa"

[Sala Tercera]⁶

Voto de mayoría

"I.-ÚNICO: Atribuyéndose a esta Sala la competencia para juzgar a los Miembros de los Supremos Poderes (artículos 394, 397 y 398 del Código Procesal Penal de 1.996) y no estando en los supuestos del artículo 395 ibídem, se acoge la solicitud de desestimación que en la especie formula el Ministerio Público, que ha considerado que los hechos denunciados no constituyen delito alguno. Al respecto, el Fiscal General de la República, invocando jurisprudencia de esta Sala Tercera de Casación, en lo que más interesa indicó que, con respecto al supuesto delito de prevaricato, en la especie no nos encontramos en presencia de una "resolución", pues la conducta que se le atribuye a los aquí imputados no consistió en resolver algún asunto sometido a su conocimiento, sino en firmar un acuerdo de naturaleza política con la Administración y el Frente Interno de los Trabajadores del Instituto Costarricense de Electricidad a fin de ponerle término a la huelga gestada por los trabajadores del ICE. Según la denuncia, en dicho acuerdo, a pesar de que se estaba frente a una huelga en la cual no se cumplió con los parámetros y procedimientos legales, tanto el Gobierno como la Junta Directiva del ICE se comprometieron a abstenerse de imponer a los trabajadores que lideraron o participaron en dicho movimiento, las sanciones que correspondían conforme a Derecho. Por otra parte, y en lo que respecta al supuesto delito de favorecimiento, según oficio de folio 12 se logró establecer que, contrario a lo que en este expediente se denunció, no se presentó ninguna queja escrita por parte de algún trabajador en la que se indicara que, mediante amenazas o violencia, se hubiere compelido a alguien a no presentarse al centro de trabajo (cfr. folio 20, línea 14 en adelante). En consecuencia, siendo que efectivamente se advierte la ausencia de uno de los requisitos esenciales para la configuración del delito de prevaricato que se acusa, esto es, la *tipicidad* del acto jurídico que se le atribuye a los denunciados por no estar en presencia de una "resolución" (ya fuese judicial o administrativa), además de que -en efecto- en lo que se refiere al supuesto delito de favorecimiento no se ha evacuado ni un solo elemento que permita suponer siquiera que los trabajadores del ICE hayan sido de algún modo amenazados u obligados mediante el ejercicio de violencia física a sumarse al movimiento huelguístico, lo que procede es desestimar la denuncia formulada. En relación al tema que nos ocupa, tal y como lo hace ver el Fiscal General en su solicitud, esta Sala ha señalado lo siguiente: "... *Es necesario advertir que nuevamente se está ante un vicio de fondo y no uno procedimental. En concreto, se trata de la correcta aplicación de la normativa sustancial, en particular el artículo 350 del Código Penal. Antes de resolver el presente caso, debe considerarse el criterio que expuso esta Sala en la sentencia N° 1264-98, de las 8:45 horas del 24 de diciembre de 1998. Allí se indicó que "la labor decisoria de reclamo, configura los supuestos de resolución que eventualmente serían objeto del*



delito de Prevaricato por parte de funcionarios administrativos” (ver Considerando IV de dicho fallo). Sin embargo, pese a que lo anterior es cierto, también lo es que hay otros actos administrativos que se enmarcan dentro de lo que el legislador entiende por “resolución administrativa” para efectos del ilícito en estudio. Ello se extrae de un adecuado análisis de la normativa administrativa relacionada con el artículo 350 del Código Penal. Este último dispone: “Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.// Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.// Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículos será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores.” Como puede apreciarse, la norma legal de referencia contempla como sujetos activos del ilícito sólo a funcionarios administrativos y judiciales. Claro está que la conducta que ellos desplieguen debe ser dolosa. Eso significa que deben conocer que lo que están resolviendo es contrario a la ley o se basa en hechos falsos y deben querer, a sabiendas de lo anterior, dictar la resolución. Asimismo, es necesario hacer ver que en ningún momento se exige el otorgamiento de ventajas de cualquier tipo a los funcionarios públicos para que se configure el delito de Prevaricato. Ahora bien, por “resolución”, cuando se trata del resultado de la actividad administrativa, se entiende todo aquel acto final mediante el cual la Administración Pública expresa su voluntad en relación con los derechos e intereses de los habitantes, luego de haber desarrollado un procedimiento administrativo para decidir. En otras palabras la “resolución administrativa” a la que se alude en el numeral que regula el delito de Prevaricato es toda aquella decisión final que afecta derechos e intereses de los administrados, a la que llega la Administración Pública tras cumplir el procedimiento respectivo ...”, Voto N° 1021-00, de las 10:45 horas del 1° de setiembre de 2000. Así las cosas, con base en lo dispuesto por los artículos 282, 297, 299, 394, 397 y 398 del Código Procesal Penal de 1996, se desestima la denuncia interpuesta.”

b)Desestimación: Denuncia contra magistrados por el delito de prevaricato

Adelanto de criterio e interpretación sobre los alcances de una disposición jurídica constitucional no lo configura

[Sala Tercera]⁷

Voto de mayoría

"I- El Fiscal General de la República, licenciado Francisco Dall' Anese Ruiz presenta solicitud de desestimación de la causa por el delito de prevaricato que se inició en contra de los magistrados de la Sala Constitucional, Luis Fernando Solano Carrera, Ana Virginia Calzada Miranda, Adrián Vargas Benavides, Gilbert Armijo Sancho y Ernesto Jinesta Lobo, a partir de la denuncia penal interpuesta por el diputado José Miguel Corrales Bolaños. En un primer punto, expone el licenciado Dall' Anese que el denunciante en entrevista personal con él le agregó al expediente el libro Piedra Azul del Ministro de Cultura Guido Sáenz, en el que se extrae un fragmento que se refiere a un posible adelanto de criterio de alguno de los Magistrados de la Sala Constitucional, pero el Fiscal General considera que no existe el delito de prevaricato por adelanto de criterio sino que esto se regula en la Ley Orgánica del Poder Judicial como una falta disciplinaria. En un segundo punto, argumenta el Fiscal General que el hecho denunciado por el Legislador Corrales, se refiere al dictado de resoluciones contrarias a la ley, a partir del voto de mayoría de la Sala Constitucional N° 2003-2771



de las 11:40 horas del 4 de abril de 2003, sin embargo, el criterio de la Fiscalía es que no existe el delito de prevaricato cuando lo que está de por medio son criterios de interpretación de la ley. Para fundamentar este punto señala cuáles son dichos criterios, a saber: la interpretación gramatical, la interpretación histórica, la interpretación teleológica, la interpretación sistemática y la interpretación lógica, agrega que: *“en la medida en que el resultado interpretativo derive de la aplicación de las técnicas hermeneúticas dichas, el resultado es legal aunque existan otras conclusiones también aceptables; de no ser así, cada vez que un tribunal de superior jerarquía revoque una resolución conocida en alzada bajo una interpretación normativa distinta a la del juez inferior, habría de concluirse el prevaricato de este último”*. Por esto señala que no se cometió el delito de prevaricato cuando los magistrados de la Sala Constitucional por voto de mayoría, concluyeron que era incompetente la Asamblea Legislativa para restringir el derecho a la reelección presidencial, por ser este un principio solamente modificable por el poder constituyente y que este problema de competencia hace que se trate de un aspecto procedimental y no sustantivo, por lo que la resolución que tomaron se adecuó a lo establecido en el numeral 73 inciso ch de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y consecuentemente no hubo una actuación contraria a la ley. En el tercer punto señala el licenciado Dall' Anese que el señor Lemuel Gracias Espinal, denunció los mismos hechos y por esto debe desestimarse con las mismas razones. **II-** Con relación a la coadyudancia que presentó el señor Jaén Martínez en su momento a la denuncia del diputado Corrales, se pronuncia en igual sentido el Fiscal General, respecto a que debe desestimarse por cuanto la existencia del tratado que invoca Jaén Martínez en nada afecta el análisis de fondo, considera el Fiscal General que los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, tienen autoridad superior a las leyes pero inferior a la Constitución Política, salvo cuando los instrumentos internacionales de Derechos Humanos otorguen mayores derechos o garantías, que en todo caso, como ya expuso en la solicitud de desestimación el pronunciamiento de la Sala Constitucional no es contrario a derecho, sino el reflejo de un quehacer interpretativo y que la existencia del tratado que invoca el señor Jaén Martínez no torna en “prevaricante” la resolución 2771 de las 11:40 horas del 4 de abril de 2003 de dicha Sala, por todas estas razones reitera su solicitud de desestimación de la causa. [...] **IV-** Se ordena la desestimación de la querrela y de la denuncia interpuesta ante el Ministerio Público. Conforme el artículo 395 del Código Procesal Penal la acusación o la querrela, se podrán desestimar cuando los hechos acusados no constituyen delito, en este caso se denunció a los Magistrados de la Sala Constitucional por el delito de Prevaricato, porque a criterio del señor Corrales dictaron una resolución contraria a la ley, cuando resolvieron la acción de inconstitucionalidad contra la reforma que prohibió la reelección presidencial. Dicha acción fue resuelta por el Voto 2771 de las 11:40 horas del 4 de abril de 2003 en el que los Magistrados de la Sala Constitucional Luis Fernando Solano Carrera, Ana Virginia Calzada Miranda, Adrián Vargas Benavides, Gilbert Armijo Sancho y Ernesto Jinesta Lobo declararon la inconstitucionalidad de la Ley N° 4349 del 11 de julio de 1969. Tal como lo hace ver el Fiscal General en su solicitud de desestimación, no se trata de una resolución que se hubiera dictado en contra de la ley, sino más bien de la interpretación jurídica que hacen los Magistrados de los alcances constitucionales de la ley cuestionada y del artículo 73 inciso ch de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que les autoriza a conocer de acciones de inconstitucionalidad, cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento. No es posible discutir en la vía penal, si los Magistrados se equivocaron en sus consideraciones jurídicas respecto a la competencia que les autoriza el artículo citado de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, puesto que eso implicaría un control jerárquico que no existe para esta Sala. El Legislador José Miguel Corrales, tanto en su denuncia penal, como en la querrela interpuesta, antes que presentar un reclamo en el que se establezca la probabilidad que se hubiera cometido el delito de prevaricato, lo que externa es una disconformidad con lo resuelto por la Sala Constitucional, señalando los errores jurídicos que, a criterio del mismo tiene dicha resolución. En este sentido la denuncia y la querrela interpuesta señalan: **“NO ES CIERTO que la señora**



Magistrada y los Señores Magistrados denunciados hayan resuelto el caso de marras por “violación a normas constitucionales de procedimiento”, único supuesto que admite el artículo 73 inciso ch de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en tratándose de acciones de inconstitucionalidad contra reformas de la Constitución. C. Las normas de rango Constitucional que se refieren a la reforma de la Constitución Política son los artículos 195 (para reformas parciales o puntuales) y 196 (para reformas generales). Ninguna de las dos normas citadas, ni ninguna otra de rango Constitucional, de hecho ninguna otra norma del Sistema Jurídico costarricense, establecen que la razón esgrimida por la Señora Magistrada y los Señores Magistrados denunciados (“la restricción o la eliminación de un derecho fundamental únicamente puede hacerlo una Asamblea Constituyente”) **constituya un motivo o un asunto de procedimiento.**” . (ver folios 6, 7, 77 y 78). Esta Sala de Casación Penal no puede entrar a conocer si la resolución que se reclama, se equivocó o no se equivocó respecto a las consecuencias jurídicas y de interpretación de la ley, que les permitió concluir en la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 4349 del 11 de julio de 1969, sino que el análisis debe limitarse a establecer si existe o no un delito de prevaricato en los hechos denunciados. Al existir el art. 73 inciso ch antes citado, que autoriza a resolver acciones de inconstitucionalidad cuando no se respetó el procedimiento constitucional establecido, los alcances que los Magistrados le dieron a esta norma no puede constituir el delito denunciado. Como bien lo indica el Fiscal General de la República, si el prevaricato se diera por una errónea interpretación de la ley, cada vez que por vía de recurso se revoca o anula una resolución por una aplicación equivocada de la misma, existiría el delito de prevaricato, que en todo caso, para que se configure debe existir el dolo de resolver en forma contraria a la ley o fundada en hechos falsos. Con relación a la figura del Prevaricato, la doctrina argentina señala que: “*encuadra en el delito de prevaricación aquella resolución que está guiada por un criterio abiertamente contrario a cualquier de las posibles interpretaciones del derecho aplicable. Por lo tanto, ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna de las interpretaciones del derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricación judicial*”, (Donna, Edgardo Alberto, “*Delitos contra la administración pública*”, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 417). Por otra parte, el Fiscal General de la República, con relación al contenido del libro Piedra Azul, escrito por el Ministro de Cultura Guido Sáenz, consideró que un adelanto de criterio no puede constituir el delito de prevaricato. Para exponer su posición, cita un fragmento del libro cuyo contenido es el siguiente: “[...] *Ese era el tono de mi escrito, que a él le gustó como también a otros personajes. Todos aquellos convencidos de la trascendencia que tenían para nuestro maltrecho país, cuajado de balbucientes tanteos, demagogias populismo y desorientación, el posible regreso de Oscar Arias a la Presidencia. De los siete votantes de la sala constitucional, cuatro se pronunciaron en contra, tres a favor. Lo llamé en cuanto me enteré de la catástrofe. 'Guido, yo estaba ciento por ciento seguro de que me pasaban la reforma. Tenía promesa de cuatro magistrados. Uno me traicionó.' Me dio su nombre. [...]*” (SÁENZ, GUIDO: Piedra azul: atisbos de mi vida, Editorial Costa Rica, 1ª edición, San José, 2003, p. 361) (folio 25). Lleva razón el Fiscal General, en cuanto a que no existe el delito de prevaricato, por adelanto de criterio, en el tanto que éste, no representa una resolución en sentido estricto, de modo que no se configura ninguno de los dos elementos normativos del artículo 350 del Código Penal, que son “*dictar resoluciones contrarias a la ley*” o “*fundarse en hechos falsos*”, de manera que adelantar criterio no está comprendido como una forma de prevaricato, por el contrario, lo único que se podría presentar es una posible responsabilidad disciplinaria. Además de lo anterior, observa esta Sala de Casación que el tema aludido en el texto transcrito no se refiere a la resolución de la Sala Constitucional, que ahora se cuestiona por parte del diputado José Miguel Corrales, como una resolución contraria a la ley, porque precisamente el texto menciona que la votación fue en contra de la reelección presidencial, tema que conoció la Sala Constitucional en la resolución 7818-00 de las 16:45 horas del 5 de setiembre del 2000. Por esas razones, también procede su solicitud de desestimación respecto a ese punto. Con relación a la “coadyudancia” que interpusiera Francisco Ramón Jaén Martínez en la que se alega como razones para fundamentar el delito de

prevaricato, la existencia del Tratado General de Paz y Amistad aprobado por el Congreso Constitucional de la República de Costa Rica el 24 de noviembre de 1924, porque este tratado obligaba a los Estados a mantener el principio de no reelección del Presidente y Vicepresidente. Esta Sala de Casación considera que es acertada la posición del Fiscal General, en mantener la desestimación respecto a los hechos expuestos por el señor Jaén Martínez, esto porque nuestra Constitución tiene mayor valor en la jerarquía de las normas que los Tratados o instrumentos internacionales en el tanto que éstos no otorguen una protección más amplia a los Derechos Fundamentales, en el caso presente, el Tratado que invoca el coadyudante, restringe derechos no los amplía y además, cuando se resolvió la acción de inconstitucionalidad que ha provocado la denuncia y la querrela, no se discutió por los Magistrados dicho tratado, por lo que no procede ahora argumentar la existencia del mismo para que en esta sede se le considere. Como se ha expuesto con relación a la denuncia original interpuesta por el diputado José Miguel Corrales y que luego presentó como querrela, no es posible que utilizando la vía de la denuncia penal por Prevaricato, se pretenda cuestionar indirectamente lo resuelto por la Sala Constitucional y, como ya se ha dicho, no puede existir este delito cuando lo que se discute son los alcances y la interpretación de normas que le otorgaron competencia para actuar a los magistrados denunciados. Al respecto esta Sala ha señalado que: *“...la doctrina y la jurisprudencia son acordes en cuanto a que todo aquello que caiga dentro de los límites de la “interpretación de la ley”, está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado de derecho [...], es decir, que: «cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones –salvo el caso evidente de malicia-, el juez no prevaricaría al aplicarla» (Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:30 horas del 10 de diciembre de 1948) [...] El delito de prevaricato exigiría que en la presente resolución existiera una absoluta oposición y contrariedad entre lo que se resuelve y lo que la ley declara, o bien que la resolución se fundamentara sobre hechos falsos, como serían aquellos que no existen o no aparecen constando en autos, lo cual no sucede aquí...” (Sala Tercera, V-183-F de las 11:20 horas del 24 de marzo de 1995).* Por todo esto, tratándose de los mismos hechos contenidos en la denuncia y en la querrela, se acoge la solicitud del Fiscal General de la República licenciado Francisco Dall’ Anese Ruiz y se ordena desestimar la denuncia y la querrela interpuesta contra los Magistrados de la Sala Constitucional por el Diputado José Miguel Corrales Bolaños, así como por los señores Lemuel Gracias Espinal y Francisco Ramón Jaén Martínez.”

c)Prevaricato: El concepto ley debe entenderse en sentido restrictivo y no incluye resolución en contra de jurisprudencia de sala penal

[Sala Tercera]⁸

Voto de mayoría:

“X- SOBRE EL DELITO DE PREVARICATO, la competencia en el conocimiento de la aplicación retroactiva de una ley penal más favorable que disminuye la escala de penalidad de una conducta delictiva y la jurisprudencia de la Sala en cuanto al tema: En la sentencia que se impugna, el Tribunal realiza un importante análisis en cuanto a la naturaleza del delito de prevaricato, la distinción que existe de éste como delito doloso y la modalidad que se da en otros ordenamientos que sancionan la figura culposa, así como la restrictiva interpretación que debe darse a este tipo penal, con el objeto de que no sea utilizado para perseguir la simple diferencia de



critorio o para disminuir la independencia del juzgador, que es pilar esencial del Estado de derecho. Evidentemente en un régimen democrático como el nuestro, donde existe la separación de poderes y su ejercicio responsable, el juez, está sometido a la Constitución, a los convenios internacionales sobre derechos humanos y a la ley únicamente, sin que se admitan imposiciones e intromisiones de otros poderes del Estado, como tampoco intromisiones o imposiciones dentro del seno mismo del Poder Judicial, sea vía jerárquica o disciplinaria, cuando se trate del ejercicio responsable del poder jurisdiccional, quedando los errores y defectos en el ejercicio del mismo en la gran mayoría de los casos, sujetos al control impugnativo por las partes en el seno del proceso concreto y en última instancia a la responsabilidad patrimonial del Estado, todo ello en lo que a la función judicial toca, salvo, claro está, el caso de la prevaricación judicial. Cuando se analiza la tipicidad de una conducta como prevaricadora en el caso del juez, debe considerarse, como bien lo señalan los juzgadores en el fallo, que no se trate del ejercicio interpretativo, razonable y válido por parte de éste en relación con la norma a aplicar, que es precisamente la esencia del poder jurisdiccional, sino que se trate de una franca inobservancia de lo legalmente previsto, a sabiendas de ello y sin que en todo caso sea necesario acreditar la existencia de alguna finalidad específica o especial, aunque ella puede existir. Ahora bien, para la tipicidad de una conducta como prevaricadora, como sucede con cualquier otra norma penal, no caben las interpretaciones extensivas o analógicas, sean implícitas o explícitas del tipo penal, sino la interpretación estricta. Esto por cuanto si el prevaricato se concibe como “*el dictado de resoluciones contrarias a la ley*” –en el supuesto que aquí interesa-, ese concepto de **ley** debe entenderse en sentido restrictivo y no en forma ampliativa, como lo hizo el Tribunal. Según se razona en el fallo, los juzgadores estimaron que la conducta atribuida a Pérez González y a González González era prevaricadora, pues se resolvió un tema **en contra de lo que la jurisprudencia de la Sala Tercera ya había definido** y que si bien es cierto esta jurisprudencia no es vinculante, en el tema de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable que reduce la escala de penalidad, existe “una laguna” en la nueva legislación, por lo que de conformidad con lo que dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esa laguna la llenará la jurisprudencia de las Salas de la Corte, que tendrían fuerza de ley y estiman que eso ocurrió en este caso, en el que los imputados conocían de la posición jurisprudencial, es decir, de la forma en que la Sala había definido el punto de la competencia y aún así fallaron en contra. Específicamente, el Tribunal razonó: “[...] Descartado el reclamo por vulneración de la garantía de independencia judicial, no menos difícil es centrarnos en el tema de definir por qué o cuándo considera este tribunal que una decisión, en ejercicio del poder jurisdiccional, es ilegal, en los términos que prevé el numeral 350 del Código Penal. Un primer cuestionamiento que ha hecho la defensa es si ¿Podríamos considerar ilegal una resolución porque contraviene la jurisprudencia de la Sala III? El tribunal considera que no. Sin embargo tal y como lo indicábamos en el aparte anterior, no podemos obviar lo que dispone el numeral 5, párrafo III de la Ley Orgánica del Poder Judicial: ‘Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trata de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan la materia, dichas fuentes tendrán rango de ley’. Norma que se complementa con lo dicho en el artículo 5 del Código Civil: ‘La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.’ De hecho la norma es suficientemente clara y contundente. Si una decisión jurisdiccional contraría dolosamente jurisprudencia que se encuentre dentro de tal supuesto, sí podría incurrir en responsabilidad penal, no tanto por inobservar una decisión de un órgano de control casacional, sino por desatender lo que dispone la ley que le confiere ese rango. La última frase del numeral 5 citado de la Ley Orgánica del Poder Judicial nos conduce al tema de las lagunas. El término ‘laguna’ suele utilizarse de forma muy amplia en la doctrina iusfilosófica. En un sentido muy general se le concibe como ‘la ausencia de solución normativa para una cuestión



jurídica'. (Ver RAZ, J. *La autoridad del Derecho*. Trad. De R. Tamayo, UNAM, México, 1982. pg.95 y 96; BARAK, A. *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven, 1989. p.83) si eso es así, si la norma procesal que regulaba el recurso de revisión en el proceso penal, como lo sostiene la defensa, no presentaba una solución clara, como se alega, en el supuesto del principio de retroactividad penal favorable ¿Acaso no estamos frente a una laguna? Y si frente a esa laguna existía reiterada jurisprudencia de la Sala III (Votos 880-98, 928-98, 1012-98, 1037-98, 1039-98, y 1090-98) ¿No estaríamos acaso como mínimo en la obligación de fundar por qué el criterio del tribunal se apartaba de dicha jurisprudencia? Si además se modifica una sentencia firme ¿No estaríamos trasgrediendo acaso la norma constitucional contenida en el párrafo II del artículo 42 de la Carta Magna? Y si al final de cuentas se tiene por acreditado que esa información básica para el dictado del voto 190-99 fue hábilmente manipulada por el juez informante, quien tampoco razonó por qué procedía de esa forma, incluso contra el criterio sostenido con antelación por él mismo y mediando advertencia de que podía incurrir en el delito de prevaricato en el caso concreto, entonces, vemos que más que un asunto donde medien criterios diversos frente a la jurisprudencia, de lo que se trata es de una delincuencia, como la que aquí se acreditó [...]” (cfr. sentencia, folios 3732 a 3735). De la transcripción hecha se desprende que si bien es cierto pesaron otros aspectos para que el Tribunal se inclinara por establecer que Pérez González era autor del delito de prevaricato, sí utiliza también el argumento de que la posición que al final sostuvo el Tribunal de Pérez Zeledón en la decisión 190-99 era contraria a la jurisprudencia de esta Sala, que en un punto en que existía una “laguna” adquiriría rango de ley. Con independencia de la importante función de la norma del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) en lo que a la seguridad jurídica toca, en temas no resueltos de la ley –y no insuficiencia en la ley, como claramente lo señala su texto-, lo cierto es que ya a los fines de analizar la conducta de un juez o Tribunal como prevaricadora **únicamente** porque resuelve contra la jurisprudencia que conoce pero que no comparte, ese concepto de “ley” del numeral 350, se encuentra francamente ampliado cuando se le da la extensión que le dio el Tribunal en este caso, al sustituir para los efectos del tipo penal el concepto de ley por el de la jurisprudencia que, ante la omisión legislativa “*adquiere fuerza de ley*”. Y aún cuando es cierto que es una norma la que le asigna ese carácter, también lo es que se llega a ella por un doble ejercicio de comprobar primero la ausencia legislativa y segundo, de la jurisprudencia que lo suple, ejercicio que es claro para efectos de decantar un camino que garantice la seguridad jurídica, pero que no alcanza a llenar por sí mismo el concepto de “**ley**” del artículo 350 del Código Penal y menos aún a calificar de prevaricador a la posición jurisdiccional que se aparta de aquél. El concepto señalado se refiere en primer y único término al concepto de ley en sentido formal, es decir, a la emanada del Poder Legislativo y no contempla decretos o reglamentos o cualquier normativa derivada, que aún cuando forman parte del bloque de legalidad, no integran el concepto restringido de “ley” en los términos del tipo penal del prevaricato (cfr. al respecto resolución 686-03 de las 10:50 horas del 7 de agosto de 2003). Y precisamente por ello, cuando se trata de sancionar la conducta del juez que dolosamente se aparta del texto *de la ley*, es sancionar al juez que se aparte de su sentido e interpretación razonable, así como de la “verificabilidad objetiva” de dicha interpretación, como bien lo señalan los juzgadores en la sentencia. Cuando se trata, por el contrario, de que el ordenamiento jurídico prevé supuestos en los que *la ley* no resuelve el tema y permite a la jurisprudencia integrar las normas -mediante, obviamente, los métodos válidos de interpretación (histórico, teleológico, gramatical, lógico y sistemático)- y le asigna a dicha interpretación la *fuerza* de aquella, se tiene un norte en cuanto a la seguridad jurídica, pero no un nuevo concepto de ley formal en dicha interpretación, que puedan enmarcarse en el numeral 350 aludido y por más que sea la ley misma la que le dé ese carácter a la interpretación jurisprudencial. Esa norma del numeral 5 de la LOPJ trata de garantizar la seguridad jurídica mediante la función integradora de la jurisprudencia de las Salas de la Corte, esto por su relación con el artículo 5 del Código Civil -lo que significa que son dos las normas involucradas en la “fuerza de ley” de la jurisprudencia-, más no de convertirla en verdadera ley



formal, es decir de equipararla –a los fines del delito de prevaricato- a ésta. Así, no bastaría que se constate un vacío normativo, un criterio jurisprudencial que lo integre y una interpretación judicial que se aparta de ese criterio, para considerar que se está en presencia del delito de prevaricato, como pareciera desprenderse del criterio externado por el Tribunal, de manera que en este punto la Sala estima que erraron los juzgadores quienes, a pesar de estimar que no puede cometerse el delito por sostener un criterio distinto al de la Sala, consideran que el mandato del artículo 5 antes citado, le confiere ese carácter de ley a la jurisprudencia que integra un vacío legal, criterio que esta Sala no comparte, por las razones antes dichas. Sin embargo, debe puntualizarse que en el fallo y en cuanto al punto, los juzgadores añadieron otros elementos que sí podrían eventualmente permitir la aplicación de la figura, como son el conocimiento de los precedentes jurisprudenciales, el haberlos aplicado anteriormente, la ausencia de fundamentación alguna en cuanto al criterio diferente al de la jurisprudencia que se sostenía en la resolución cuestionada así como la dolosa manipulación de los datos de la causa y de los propios precedentes jurisprudenciales, para lograr el consenso de los otros miembros del Tribunal en una resolución que se conocía abiertamente ilegal. Porque, como ha sostenido esta Sala, en el prevaricato no se sanciona la diferencia de criterio o el error al interpretar la ley, sino la *infidelidad dolosa a ésta*, de manera que los criterios diferentes, válida y razonablemente fundados, que son admisibles dentro del universo de interpretaciones razonables posibles de un texto legal, están fuera del ámbito del delito de prevaricato. Así se ha señalado que *“la doctrina y la jurisprudencia son acordes en cuanto a que todo aquello que caiga dentro de los límites de la “interpretación de la ley”, está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado de derecho [...], es decir, que: «cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones –salvo el caso evidente de malicia-, el juez no prevaricaría al aplicarla» (Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:30 horas del 10 de diciembre de 1948) [...] El delito de prevaricato exigiría que en la presente resolución existiera una absoluta oposición y contrariedad entre lo que se resuelve y lo que la ley declara, o bien que la resolución se fundamentara sobre hechos falsos, como serían aquellos que no existen o no aparecen constando en autos, lo cual no sucede aquí [...]”* resolución 183-F-95 de las 11:20 horas del 24 de marzo de 1995, posición reiterada en el precedente 115-05 de las 14:30 horas del 23 de febrero de 2005. Aclarado el punto anterior, debe señalarse que en cuanto al tema específico de la competencia en la aplicación retroactiva de la ley penal que modifica o reduce la escala de penalidad, lo que existen son dos posiciones, dos criterios de interpretación, igualmente válidos y razonables, el primero sostenido por la Sala Titular y la mayoría de los Magistrados Suplentes de la Sala y por la mayoría de integrantes del Tribunal de Casación Penal y otra sostenida por algunos Magistrados Suplentes de esta Sala y jueces del Tribunal de Casación, que difieren en cuanto a la competencia para el conocimiento de esos supuestos. La primera –y mayoritaria posición- que considera que la materia es propia del procedimiento de revisión y de sus órganos competentes y la segunda, que asigna la competencia al Juez de Ejecución de la Pena, partiendo ambos de la interpretación de las normas procesales. Lo que está claro es que ninguna de las dos interpretaciones concibe que la competencia en esa materia sea del Tribunal de Juicio -como ocurrió en el caso que se analiza- órgano que interviene en fase de ejecución únicamente como Tribunal de alzada. En efecto, la Sala Titular en pleno y gran parte de los Magistrados Suplentes estiman y han razonado de manera fundada, por qué consideran que es el procedimiento de revisión el que procede en los supuestos en que se trata de aplicar retroactivamente una ley penal más favorable que reduce la escala de penalidad. En los supuestos en que esta nueva ley despenalice la conducta o que ese tipo penal haya sido declarado inconstitucional –dos hipótesis que afectan la norma sustantiva aplicada al caso concreto- está expresamente prevista la revisión como el procedimiento para estudiar la sentencia en el caso concreto. Sin embargo, el tema cobró relevancia precisamente al entrar en vigencia el Código Procesal Penal –en el año 1998- año precisamente en el que se promulgó la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, número 7786 del 23 de abril de 1998, publicada en el Alcance a la



Gaceta N° 93, del viernes 15 de mayo de 1998, que modificó sensiblemente la escala de penalidad de los delitos en ella contemplados y por ende, provocó la presentación masiva de gestiones solicitando, al amparo del procedimiento de revisión tal cual se contemplaba en el inciso 5) del numeral 490 del Código de Procedimientos Penales de 1973, con la salvedad de que la nueva legislación no regula directamente como materia de revisión, la aplicación retroactiva de una ley penal más benigna, como sí lo hacía la norma antes citada. Por ello, a pesar de reconocerse que el tema no tiene una solución clara en la ley, la Sala desde las resoluciones 871-98 de las 9:00 horas y 880-98 de las 9:45 horas, ambas del 18 de setiembre de 1998, analiza el estado de la legislación y luego de razonar la inconveniencia de dos vías distintas en lo que a la aplicación retroactiva de una ley más favorable toca, se inclina por la conveniencia de una única vía, cual es el procedimiento de revisión y desde entonces esta tendencia se ha afianzado, siendo en este momento la posición mayoritaria. Sin embargo, existe una respetable posición minoritaria dentro de la Sala, especialmente de los magistrados suplentes y también jueces del Tribunal de Casación Jorge Luis Arce Víquez, Rosario Fernández Vindas y del también juez de casación Javier Llobet Rodríguez e incluso sostenida desde antes por el jurista Francisco Castillo González (cfr. Llobet Rodríguez, *Proceso Penal Comentado*, op.cit. p.390 y Castillo González, Francisco. *El recurso de revisión en materia penal*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1980. p.177) posición que de manera fundada estima lo contrario, esto es, que la reducción de la escala de penalidad por una ley posterior es un tema que debe conocer el juez de ejecución de la pena. Consideran los Magistrados Suplentes Arce Víquez y Fernández Vindas, analizando la nueva normativa procesal, que no se trata de una omisión u olvido del legislador, sino de un franco traslado de competencias al apostar el nuevo ordenamiento procesal penal por un mayor protagonismo del juez de ejecución de la pena. Como se ve, ambas posiciones e interpretaciones coexisten en la actualidad, sin que sea admisible sostener que la posición minoritaria de los magistrados de esta misma Sala y de los jueces del Tribunal de Casación, tipifique como prevaricato porque se aparta de lo que la jurisprudencia de la Sala ha establecido. Ciertamente una de las funciones de la casación es la unificadora de la interpretación de la ley, más, al no ser vinculante, el juez que fundamentadamente se aparte del criterio e interprete la norma de manera sustentada y razonable, no puede ser autor del delito de prevaricato por la simple discrepancia de criterio, porque ello sería sepultar sin más la independencia del juez como pilar esencial del sistema democrático. Esto no debe confundirse con la fuerza vinculante y decisiva en el caso concreto, del fallo de casación y con la función orientadora que tiene la jurisprudencia de la Sala en general sobre la labor de los tribunales penales del país. Es decir, si una sentencia es impugnada en casación, como la última instancia, lo que allí se resuelva deja zanjado el tema, porque otro principio no menos importante como es el de seguridad jurídica está allí comprometido y a la litis debe ponérsele un punto final. Y en cuanto a lo segundo, la función orientadora también garantiza la seguridad jurídica, pues se tendrá, en los precedentes de la Sala un criterio para dirimir problemas de interpretación que es, por sí mismo, orientador porque carece de fuerza vinculante, pero que en algunos temas, especialmente relacionados con la interpretación de las normas procesales, resulta ser determinante por las consecuencias procesales que en sí mismo implica. Esto sucede precisamente con la interpretación de la Sala Titular y la mayoría de los Magistrados Suplentes en punto al tema de la competencia para conocer de la aplicación retroactiva de la ley penal que reduce o modifica la escala de penalidad de un hecho delictivo. Para unificar el procedimiento que se relaciona con la modificación de la ley penal aplicada en la sentencia, sea por despenalización, por declaratoria de inconstitucionalidad o por reducción o modificación de la penalidad, la Sala estima que es la revisión el camino procesal adecuado y que las competencias del Juez de Ejecución de la Pena en cuanto a las modificaciones de la sanción se refieren a las propias de la ejecución y del régimen penitenciario, más no a la pena impuesta en la sentencia, sobre la que no posee competencia alguna pues pesa en este criterio, la consideración de que un fallo con autoridad de cosa juzgada material únicamente puede ser modificado mediante el procedimiento de revisión, según lo

consagra el numeral 42 de la Constitución Política. Así lo reiteró por mayoría precisamente en la revisión gestionada por Mario Alberto Agís Peña y Federico Lozano Cadena contra la decisión del Tribunal de Pérez Zeledón Penal de dejar sin efecto el rebajo de pena operado en la resolución que se atribuye de prevaricadora en el caso que aquí se analiza. En esta oportunidad, en la resolución 489-05 de las 12:10 horas del 25 de mayo de 2005, la mayoría de la Sala estableció: “[...]”

IV.- DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER LA APLICACIÓN DE UNA LEY MÁS

FAVORABLE: *En el recurso planteado se cuestiona la competencia para conocer acerca de la aplicación de una ley más favorable cuando el fallo está firme. Reiterada ha sido la jurisprudencia de la Sala titular, según la cual para dar aplicación a una ley promulgada con posterioridad a la condena y que resulta más favorable para el reo, debe ser mediante el procedimiento de revisión. Ha resuelto la Sala lo siguiente: “Sobre ese extremo debe señalarse que los artículos 12 y 13 del Código Penal autorizan la aplicación retroactiva de una ley penal dictada con posterioridad a una condena, siempre que ello le resulte más favorable al reo y además que todavía no haya cumplido la pena, como parece ser el caso de autos, sin embargo la ley no determina con claridad cual debe ser el procedimiento a seguir para aplicar la legislación más benigna. Dos son los caminos que podrían invocarse: por un lado el que ha seguido el gestionante ante esta Sala al formular la revisión; pero también podría argumentarse que corresponde al Juez de Ejecución de la Pena y al Tribunal de Sentencia modificar el fallo que se hubiere dictado, con el fin de adecuar el caso aplicando retroactivamente la legislación más favorable. El Código de Procedimientos Penales de 1973 era más directo al señalar una causal específica para resolver el problema (artículo 409 inciso 5°) -sic-, pero en el Código Procesal Penal vigente podríamos afirmar también que no se excluyó esa posibilidad al estimarse que la revisión puede invocarse, entre otros supuestos, para aplicar retroactivamente una ley más favorable, según se puede concluir de lo dispuesto en los incisos e) y f) del artículo 408. En efecto, el inciso e) citado refiere que la revisión procede cuando sobrevengan nuevos hechos, como sería la aprobación de una nueva legislación, que permita encuadrar la conducta atribuida en una norma más favorable, supuesto en el que nos encontramos en el caso de autos; mientras que en el inciso f) citado se autoriza este procedimiento para cuando la nueva legislación haya señalado que el hecho no es punible, o bien cuando la norma que sirvió de base para la condenatoria ha sido declarada inconstitucional. Obsérvese que en ambos supuestos se autoriza recurrir a la revisión para aplicar en forma retroactiva una ley más favorable, estableciéndose un mismo procedimiento y ante una misma autoridad jurisdiccional. Si concluyéramos que la Sala no es competente para conocer sobre la aplicación de la ley más favorable, porque no se establece ese caso como un supuesto de revisión, obligaríamos a las partes a recurrir ante el Juez de Ejecución de la Pena y al Tribunal de Sentencia para ese supuesto, pero tendríamos que admitir que si debe recurrirse a la Sala cuando la norma más favorable haya declarado que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal, dividiéndose así la competencia, las instancias y el procedimiento para tratar asuntos similares, con todo lo que ello implica. Por lo expuesto, y con sustento en los incisos e) y f) del artículo 408 del nuevo Código Procesal Penal, el procedimiento de revisión resulta aplicable para examinar las consecuencias de una legislación promulgada con posterioridad a la condena que el reo invoca como más favorable”. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 880-98 de las 9:45 horas del 18 de septiembre de 1998. El subrayado no es del original. En ese mismo sentido, ver sentencias de este mismo Tribunal, números 0045-00 de las 9:25 horas del 14 de enero del 2000; 0490-00 de las 10:10 horas del 12 de mayo del 2000; 0854-01 de las 8:30 horas del 7 de setiembre del 2001 y 0157-02 de las 10:20 horas del 22 de febrero del 2002, entre otras). De lo expuesto anteriormente se deduce que cuando se está ante el supuesto de modificar lo resuelto en un fallo que ya alcanzó el estado de cosa juzgada, la potestad para efectuar ese tipo de modificaciones está reservada, según corresponda, para alguno de los dos únicos órganos competentes para conocer los procedimientos revisorios en materia penal, sean el Tribunal de Casación Penal o esta*



Sala Tercera. Ante esta Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, integrada por Magistrados Suplentes, se ha replanteado nuevamente el tema y por mayoría se estima que, cuando corresponda aplicar una ley más favorable, lo procedente es hacerlo a través del procedimiento de revisión, como lo ha señalado la Sala titular. Para tal fin agregamos las siguientes razones: a) Sobre la naturaleza jurídica de la revisión: la revisión ha sido concebida tradicionalmente como un mecanismo procesal para combatir sentencias firmes con carácter de cosa juzgada material, con el fin de corregir errores judiciales en los hechos o el derecho aplicado que les restan toda legitimidad y que vulneran el derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocidos por Costa Rica. Las causales de revisión que establece el artículo 408 del Código Procesal Penal, hacen que la invocación de cualquiera de ellas, permita discutir los hechos y el derecho aplicado en el caso concreto, lo cual nos lleva a afirmar que el procedimiento de revisión tiene como esencia reabrir las causas penales con carácter de cosa juzgada. Además, nuestra legislación ha agregado a la revisión, causales que no necesariamente implican la existencia de un error en el establecimiento de los hechos o la aplicación del derecho en una sentencia firme, sino que ha incluido aspectos como el que se conoce, de aplicación de leyes posteriores a la sentencia cuando benefician al imputado. Esto es concordante con lo dispuesto en el artículo 148 del Código Procesal Penal, que en su párrafo final indica que “Contra la sentencia firme sólo procede la revisión, de conformidad con lo dispuesto en este Código” y precisamente, ese procedimiento está regulado en el título VII del Código Procesal Penal, artículos 408 a 420, siendo atribuida su competencia al Tribunal de Casación Penal y a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, según disposición expresa de los artículos 56.1 y 93.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 410 del Código Procesal Penal. Finalmente, es claro que la Constitución Política de Costa Rica, sólo permite conocer nuevamente una causa con cosa juzgada material por la vía de revisión, pues el artículo 42 párrafo segundo, señala que: “Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.”, de manera tal que, si la única forma de poder discutir los hechos y el derecho en una causa penal es a través de la revisión como indica el constituyente, el artículo 148 C .P.P. se encuentra en completa armonía con la disposición constitucional, pues reitera que contra la sentencia firme sólo procede la revisión, la cual es competencia exclusiva de los tribunales de casación, según el numeral 410 ibidem, en consecuencia, la única forma de reabrir una causa penal, para discutir los hechos o el derecho aplicado, supuesto que comprende aplicar una nueva sanción de acuerdo a la nueva legislación, es por el procedimiento de revisión. b) Sobre las competencias del Juez de Ejecución de la Pena . No es posible dejar de lado algunas consideraciones acerca de las funciones que la ley le establece al Juez de ejecución de la Pena en nuestro Código Procesal Penal. así el artículo 453 en el párrafo segundo señala que: “El tribunal de sentencia será competente para realizar la primera fijación de la pena o las medidas de seguridad, así como de las condiciones de su cumplimiento. Lo relativo a las sucesivas fijaciones, extinción, sustitución o modificación de aquellas, será competencia del tribunal de ejecución de la pena.” (el subrayado es suplido). Luego, el artículo 458 es más específico y dispone: “Atribuciones de los jueces de ejecución de la pena. Los jueces de ejecución de la pena controlarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. Podrán hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control. Les corresponderá especialmente: a) Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento...” (Subrayado suplido). Interpreta el voto de mayoría, que el legislador fue claro, que al juez de ejecución de la pena le corresponde ejecutar las penas y medidas de seguridad, a efecto de que las mismas cumplan con los fines legales y constitucionales asignados, para lo cual pueden “mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad”, siempre y cuando, ello obedezca o sea producto de la naturaleza misma de la ejecución de la pena. Hay que hacer una distinción aquí, una cosa es modificar o hacer nuevas fijaciones de la pena, de



conformidad con el plan de cumplimiento que corresponda a cada sentenciado, partiendo de la primigenia sanción establecida y otra muy distinta, el poder reabrir una causa penal y hacer un examen de la ley aplicada a ese caso y establecer una nueva fijación de la pena, que pasaría a ser parte de la cosa juzgada material, facultad que como dijimos, sólo es posible por la vía de revisión como indica la Constitución y es materia reservada a los tribunales de casación. Nótese que cuando el Juez de Ejecución modifica o hace nuevas fijaciones de pena dentro y de acuerdo al cumplimiento del proceso de ejecución, esas nuevas fijaciones no pasan a formar parte de la sentencia dictada, pues la misma se mantiene incólume, lo que demuestra claramente, que la competencia de dicho funcionario es solamente ejecutar la pena inicial establecida en sentencia. En consecuencia, la cosa juzgada es inamovible y sólo puede modificarse por la vía de la revisión.

c) Sobre las causales de revisión. El legislador trató de hacer un listado taxativo de las causales que dan lugar a revisión en el numeral 408 C.P.P., no obstante, es evidente que se trata de *numerus apertus*, dado que el inciso g) al autorizar por violaciones al debido proceso contempla una cantidad infinita de supuestos o causales que darían lugar a revisión. En el inciso e) del artículo 408 se contempla como una de las causales de revisión, cuando surgen nuevos hechos que permitan establecer que el hecho objeto de condena encuadra en una norma más favorable, de manera que, la promulgación de una nueva ley por el Congreso de la República, es sin duda un hecho nuevo y que por disposición expresa de los artículos 12 y 13 del Código Penal, es imperativa su aplicación, correspondiendo al tribunal competente modificar la sentencia de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley; modificación que sólo es viable por el procedimiento de revisión, según el numeral 148 del Código Procesal Penal y 42 Constitucional. También, como la aplicación de una norma más favorable es parte del debido proceso a que tiene derecho el encartado como lo ha declarado la Sala Constitucional (Sentencia 821-98 de 16:51 hrs. De 10 de febrero de 1998), si no existiera la regulación expresa del artículo 408 inciso e) y f) del CPP, podría acudir en sustento de la revisión, solicitando la aplicación de la nueva norma al caso resuelto, para adecuar la sentencia a las reglas del debido proceso. Por las razones mencionadas, estimamos que la aplicación de una norma más favorable a un asunto fallado con carácter de cosa juzgada, sólo es viable por el procedimiento de revisión, cuya competencia se asigna a los tribunales que conocen de la casación, según sea el caso [...]. Aquí se recoge en esencia la posición mayoritaria de la Sala, con su integración titular y de magistrados suplentes, en relación con el tema señalado. Sin embargo, también en esta resolución de cita se recoge la posición minoritaria que estima que la reducción o modificación de la pena por una ley posterior compete conocerlo al juez de ejecución de la pena y que se ha sostenido en muchas otras resoluciones por los mismos jueces. Así, se señaló: **B. ASPECTOS A EXAMINAR.** Debemos examinar dos aspectos: 1) Lo relativo al tribunal competente para conocer de las modificaciones a la pena, cuando una ley posterior a la condena disminuye la sanción, sea que resulta más benigna para el sentenciado. 2) Sobre la procedencia, o improcedencia, de revocar o anular una resolución firme en perjuicio del condenado. Empezaremos por el primero, aunque no es el aspecto esencial para la resolución de lo planteado. La Sala Tercera, en el Voto 871-98, que sirvió de sustento a algunas de las resoluciones dictadas en este proceso, se inclina por considerar que debe corresponder a la Sala, a través del procedimiento de revisión, conocer de la posible modificación de la pena cuando se está cumpliendo la misma y surge una variación de la ley penal, que disminuye la sanción de la conducta. Según ese voto, aunque parece admitir la existencia de dos vías para ello, una, a través de la revisión y, otra, la de ejecución de la pena, en criterio de la Sala la primera opción tiene la virtud de unificar el conocimiento en esa cámara tanto de los casos en los que se despenaliza la conducta (causal de revisión contemplada en el inc. f. art. 408 C.P.P.) como de los casos en los que sobreviene una ley más benigna. Además, se sostiene que la situación se ubicaría en la causal de revisión del inciso e) del art. 408 del C.P.P., considerando a la nueva ley que modifica la sanción como “nuevo hecho”, lo que en nuestro criterio no se ajusta al concepto que comprende ese inciso, referido a aspectos fácticos en oposición a normativa o ley, al que se refiere el inciso siguiente del mismo



artículo pero limitando la causal a la despenalización de la conducta por una ley posterior. En nuestro criterio, lo que en realidad ocurre es que el Código Procesal Penal de 1998, contempla al Juez de Ejecución de la Pena con una mayor competencia, y le asigna el conocimiento de la modificación de la sanción, excluyendo del procedimiento de revisión situaciones que, como la que nos ocupa, si eran propias de la revisión en el código anterior. Así, conforme al artículo 490 inciso 5) del «Código de Procedimientos Penales» de 1973, uno de los casos en que procedía el recurso de revisión contra las sentencias firmes, era: "Si correspondiere aplicar retroactivamente una ley penal más benigna". Con la promulgación y entrada en vigencia del «Código Procesal Penal» de 1996, la Revisión dejó de ser un capítulo del Libro de los Recursos, pues en el nuevo texto legal se le ubicó en el Libro de los Procedimientos Especiales, concretamente como el "Procedimiento para la revisión de la sentencia". En el artículo 408 del nuevo Código Procesal Penal se indican cuáles son los casos en que procede la revisión, y entre ellos ya no se contempla la situación de tener que aplicar retroactivamente una ley penal más benigna como causal para la Revisión. La no inclusión de esa hipótesis como motivo de Revisión no se trata de una omisión involuntaria del legislador, ni tampoco de una "laguna" en la legislación que pudiera cubrirse por vía de interpretación analógica o extensiva, porque lo cierto es que el legislador asignó expresamente la competencia para resolver al Juzgado de Ejecución de la Pena lo relativo "a las sucesivas fijaciones, extinción, sustitución o modificación" de las penas o medidas de seguridad que fije el tribunal de sentencia (véanse los artículos 453 del Código Procesal Penal y 112 inciso 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por vía de incidentes de ejecución (artículo 454 del C.P.P.) En el mismo sentido se ha manifestado el Dr. Llobet (Ver: LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. Código Procesal Penal Comentado. 2ª Edición. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, páginas 417, 389 y 390). Es necesario precisar que si bien es el artículo 42 de la Constitución Política el que autoriza revisar sentencias con autoridad de cosa juzgada, no es la Constitución la que define cuáles son específicamente los casos para su procedencia, ni tampoco le reserva la competencia de su conocimiento a un tribunal determinado, sino que en realidad es la legislación ordinaria la que define tanto los casos en que procede la revisión, como la que define las competencias de los tribunales, de lo que resulta que ciertos procedimientos de revisión le competen a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y otros al Tribunal de Casación Penal, sin que con en ello se infrinja el precepto constitucional, del mismo modo que no lo lesiona que el legislador dispusiera ampliar la competencia del Tribunal de Ejecución de la Pena. Nótese además que el tema de la aplicación retroactiva de la ley penal, en principio, ni siquiera constituye un caso de error judicial, sino una contingencia en el proceso de transformación de la legislación, que incide en la aplicación temporal de la ley, por lo que no es de extrañar que se le excluyera del catálogo de casos que autorizan el procedimiento para la revisión de las sentencias, pues estos normalmente suponen la necesidad de enmendar un error judicial que agravia al condenado [...]. Como se desprende de lo transcrito, existe un criterio distinto, minoritario, razonablemente fundado, que se aparta de la posición de mayoría de la Sala Penal y del Tribunal de Casación en cuanto al tema. Esto es una clara manifestación del principio de independencia judicial en su máxima expresión y del ejercicio razonable y fundado –y por ende responsable y legítimo–, del poder jurisdiccional y dejando de lado la inconveniencia práctica de que en un tema como la competencia de un órgano existan criterios disímiles, esa diferencia de criterio no puede tener consecuencia penal alguna, menos en el campo del delito de prevaricato, aunque sí se pueda resolver el tema por la vía de la enmienda legislativa e incluso dirimiendo los conflictos de competencia que se presenten, según lo preceptuado en la norma del artículo 5 de la LOPJ antes mencionado. Lo que sí debe quedar claro es que no puede considerarse que en este caso se configuró el delito de prevaricato porque se resolvió en contra de la jurisprudencia de la Sala Penal en cuanto al tema, por todas las consideraciones ya hechas. Sin embargo, también debe quedar claro que tanto la posición mayoritaria como la de minoría, parten de la consideración de dos únicos órganos que en principio serían los competentes: los propios del procedimiento de revisión y el juez de ejecución de la pena



y nunca el Tribunal de sentencia, que entraría únicamente como órgano de alzada. Por ello, dejando de lado la posibilidad de considerar que la competencia sea del juez de ejecución de la pena y por ello, de diferir de la posición de mayoría de la Sala Penal, en el caso concreto lo que se tiene por acreditado, más allá de la interpretación contraria a la jurisprudencia, es que el Tribunal de Juicio, liderado por el Juez informante Pérez González, se arrogó la competencia en un incidente para aplicar retroactivamente una ley penal más favorable que disminuía la sanción, a pesar de haber sostenido en el mismo proceso que el competente era el juez de ejecución, es decir, sabiéndose incompetente; además, estos datos según lo establece el fallo, no fueron expuestos claramente a los otros dos co jueces integrantes del Tribunal, con la finalidad de lograr un pronunciamiento que disminuyera la pena en el caso concreto, a sabiendas de su ilegalidad. En consecuencia, la conducta prevaricadora que se estableció en lo que a Pérez González se refiere, va mucho más allá de la simple discrepancia de criterio con la jurisprudencia y se integra por una serie de actos que revelan –según estableció el fallo– una conducta dolosa de contrariar abiertamente la ley. No obstante, hecha la aclaración anterior, en cuanto a que no se trata del delito de prevaricato por haber resuelto en contra de la posición de la Sala, el tema de su responsabilidad penal no puede ser conocido dado que la acción penal por ese hecho está prescrita. Por último y solamente en lo que toca al imputado González González, deben hacerse algunas precisiones para clarificar el tema. Según el fallo, se establece que él colaboró, al cumplir su rol como representante del Ministerio Público y avalar la competencia del Tribunal para la aplicación de la ley penal más favorable, con el dictado de la resolución ilegal. Sin embargo, debe precisarse que la acusación nunca le atribuyó un rol de complicidad y por el contrario describe una conducta omisa de su parte, al detallar la acusación que nunca cuestionó ni ejerció los recursos legales contra esa decisión y que en la audiencia oral se limitó a avalar la competencia del Tribunal, *con la finalidad de lograr la impunidad de los imputados*. Este último extremo, porque se le atribuía el delito de favorecimiento del artículo 64 de la Ley de Sustancias Psicotrópicas. Como esta imputación nunca se demostró, el propio Ministerio Público en la audiencia solicitó su absolutoria, no sólo porque se comprobó que no tuvo conocimiento de la resolución del Tribunal pues el mismo día de la audiencia salió de vacaciones, sino porque no se estableció nexo alguno entre el acusado y los jueces a los fines de resolver de determinada forma. Sí concluyó el Ministerio Público que su conducta fue de omisión. (cfr. acta de debate, folios 3401 y 3402, tomo VII). En criterio de la Sala, con la acusación que el Ministerio Público formuló y habida cuenta que no se acreditó la finalidad de lograr la impunidad, pues incluso al contestar la audiencia por escrito de las gestiones de la defensa tendientes a la “inejecutabilidad de la sentencia penal por la promulgación de una ley posterior más favorable”, González González si bien manifestó que el Tribunal era competente para resolver sobre el tema de la aplicación de la ley posterior, echando mano de las “dos vías” que en efecto se señalan en la resolución 880-98 de esta Sala, nunca señaló una escala de penalidad sino que dejó al Tribunal su fijación dentro del margen legal de cinco a quince años de prisión, y además puntualizó su oposición a que se concediera la libertad de los sentenciados, por carecer de arraigo en el país y ser presumible su no sujeción al proceso (cfr. escrito de folios 764 a 766 del testimonio de piezas del incidente de modificación de penas y que configura el tomo II). De manera tal que no se pudo nunca establecer el dolo de lograr la impunidad o evasión de los sentenciados, de allí su absolutoria como la del resto en cuanto a este delito se refiere. Sin embargo el Tribunal lo condenó como cómplice del delito de prevaricato y aún cuando la acción penal por ese hecho está prescrita como se indicó y ni siquiera se habría interrumpido su curso en cuanto a él, lo cierto es que la acusación formulada no permitía tal condenatoria, pues nunca describió la existencia de un acuerdo o una voluntad común entre éste y Pérez González, de manera que con su conducta como fiscal, coadyuvara a la emisión de un fallo contrario a derecho y/o fundado en hechos falsos y tampoco se probó ese acuerdo. La complicidad es, como forma de participación, accesoria a la autoría (cfr. Castillo González, Francisco. *La participación criminal en el Derecho Penal costarricense*, San José. Editorial Juritexto, 1993. Primera edición. P.45 y ss.). Comparten ambas el

conocimiento y la voluntad de realización del tipo penal, el autor, reuniendo todos los requisitos del tipo penal y ejecutando la conducta descrita en la norma; el cómplice, con conocimiento y voluntad de colaborar en la realización del tipo penal. En el caso concreto el Tribunal razona que González González no podía ser autor del delito de prevaricato, porque no es autoridad jurisdiccional llamada a resolver –el prevaricato es un delito especial propio–, pero que sí podía ser cómplice. Sin embargo, tal conclusión la obtienen los juzgadores rebasando el marco fáctico de la acusación y sin sustento probatorio alguno, pues no se acredita la convergencia de voluntades, aún cuando fuera casual, el dolo de colaboración en la conducta prevaricadora por parte de González González, más allá de señalarse en el fallo su reconocida amistad con Pérez González, lo que a todas luces es insuficiente para acreditar la complicidad aludida. En todo caso como ya se analizó extensamente en los considerandos precedentes, la acción penal por el delito de prevaricato está prescrita y procede absolver a los imputados por esa circunstancia. Precisamente por la forma en que se resuelve este tema, resulta innecesario pronunciarse sobre los restantes motivos de las impugnaciones formuladas. Y en cuanto a la impugnación del Ministerio Público en la que se cuestiona la absolutoria de Miguel Ángel Larios Ugalde, carece de interés su conocimiento, pues en cuanto a este imputado se dan los mismos supuestos por los que se concluye que en su caso, la acción penal también estaría prescrita, por lo que no tendría relevancia alguna revertir la absolutoria dictada, pues el juicio no podría en cualquier caso continuar por extinción de la acción penal. El resto de los reclamos por falta de fundamentación de la pena en el caso de Navas Vargas y de Pérez González, de igual forma carece de interés emitir pronunciamiento alguno, pues la condena y la pena impuesta han quedado insubsistentes al haber prescrito la acción penal por esos hechos.”

d)Prevaricato: Alcances del concepto "resolución administrativa"

[Sala Tercera]⁹

Voto de mayoría

"II.- Recurso interpuesto por el defensor público: (ver folios 1082 al 1093). Como primer agravio, señala el impugnante que el Tribunal aplicó de forma errónea el artículo 350 del Código Penal, pues lo cierto es que el acuerdo municipal adoptado por los justiciables (para recibir un proyecto urbanístico) no constituye una resolución. Con cita de la sentencia No. 1264-98, dictada por la Sala a las 08:45 horas de 24 de diciembre de 1998, concluye la defensa que la conducta investigada no posee los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. **El reclamo no es atendible:** La tesis jurisprudencial en que se basa la impugnación fue modificada por la Sala, a través del fallo No. 1021-00, de 10:45 horas de 1 de setiembre de 2000, en el cual se expuso: "... Antes de resolver el presente caso, debe considerarse el criterio que expuso esta Sala en la sentencia N° 1264-98, de las 8:45 horas del 24 de diciembre de 1998. Allí se indicó que "la labor decisoria de reclamo, configura los supuestos de resolución que eventualmente serían objeto del delito de Prevaricato por parte de funcionarios administrativos" (ver Considerando IV de dicho fallo). Sin embargo, pese a que lo anterior es cierto, también lo es que hay otros actos administrativos que se enmarcan dentro de lo que el legislador entiende por "resolución administrativa" para efectos del ilícito en estudio. Ello se extrae de un adecuado análisis de la normativa administrativa relacionada con el artículo 350 del Código Penal. Este último dispone: "Se



impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.// Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.// Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículos será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores.” Como puede apreciarse, la norma legal de referencia contempla como sujetos activos del ilícito sólo a funcionarios administrativos y judiciales. Claro está que la conducta que ellos despliegan debe ser dolosa. Eso significa que deben conocer que lo que están resolviendo es contrario a la ley o se basa en hechos falsos y deben querer, a sabiendas de lo anterior, dictar la resolución. Asimismo, es necesario hacer ver que en ningún momento se exige el otorgamiento de ventajas de cualquier tipo a los funcionarios públicos para que se configure el delito de Prevaricato. Ahora bien, por “resolución”, cuando se trata del resultado de la actividad administrativa, se entiende todo aquel acto final mediante el cual la Administración Pública expresa su voluntad en relación con los derechos e intereses de los habitantes, luego de haber desarrollado un procedimiento administrativo para decidir. En otras palabras la “resolución administrativa” a la que se alude en el numeral que regula el delito de Prevaricato es toda aquella decisión final que afecta derechos e intereses de los administrados, a la que llega la Administración Pública tras cumplir el procedimiento respectivo. Lo anterior se ve respaldado por calificadas opiniones doctrinales. Por ejemplo, José Luis González Cussac afirma: “El término ‘resolución’ no ofrece demasiados problemas. Jurisprudencia y doctrina viene a entender por ‘resolución’ todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio, que afecte el ámbito de los derechos e intereses de los administrados. Esto es, todo acto de contenido decisorio. En definitiva, podría decirse que es todo acto de la Administración que comporta una declaración de voluntad de la misma, de contenido decisorio y que afecte a la órbita de los derechos de los ciudadanos.” (ver: El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2ª edición, 1997, pp. 49-50). Por su parte, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán estiman que la resolución a la que se refiere el delito de Prevaricato es “una acción positiva de realización de un acto administrativo” (ver: Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 11ª edición, 1996, p. 836). Además, no es posible obviar cómo se define “resolución” por parte de quienes se han dedicado al estudio especializado del vocabulario jurídico. Los especialistas franceses que colaboran con la Asociación Henri Capitant sostienen que “resolución” es una “denominación genérica de las providencias generales, colectivas o individuales dictadas por los ministros” (ver: Vocabulario Jurídico, publicado bajo la dirección de Gerard Cornú, traducción al español efectuada por Jaime Restrepo y Jorge Guerrero sobre la base de la segunda edición francesa, Santa Fé de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1995, p. 767). De lo anterior, debe resaltarse el carácter genérico del vocablo en estudio, ya que abarca todo tipo de decisión dictada por las autoridades públicas, ya sean éstas jurisdiccionales o administrativas. Por su parte, Guillermo Cabanellas entiende por “resolución” todo “fallo, auto, providencia de una autoridad gubernativa o judicial” (ver: Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, S.R.L., 11ª edición, 1993, pp. 351-352) y de esa forma queda claro que el término no puede restringirse sólo al conocimiento de recursos o reclamos, sino que en materia administrativa abarca las decisiones que se toman de oficio y atendiendo a las particularidades de todos y cada uno de los diversos procedimientos administrativos establecidos en muchas leyes distintas. Es necesario resaltar que en el ordenamiento costarricense no hay posibilidad alguna de restringir el concepto de “resolución administrativa” a lo que se establece en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública. Ello por cuanto generaría muchas y muy serias (por sus graves derivaciones) inconsistencias. La primera es que de aplicarse una noción tan restringida del término de comentario, ello equivaldría a obviar que la naturaleza jurídica del instituto sigue siendo la de acto administrativo y que en esencia es un acuerdo. La segunda es que se darían incongruencias dentro de la misma Ley General, ya que en ese apartado se especifica que el acuerdo mediante el cual se deciden recursos y reclamos administrativos tiene el nombre de



“resolución”, pero aferrarse a esta denominación conllevaría un desconocimiento de la posibilidad de que la Administración Pública inicie de oficio (ver el artículo 284 de la Ley General) procedimientos administrativos que afectan los derechos e intereses de los administrados. La tercera radica en que en la misma Ley General de la Administración Pública se utiliza la palabra “resolución” en supuestos distintos a los que contempla el numeral 121 inciso 3); así, por ejemplo, en el 227 se menciona la “resolución” de cuestiones previas. La cuarta se aprecia fácilmente en el artículo 224 de la Ley General, ya que el procedimiento administrativo no se sigue sólo en relación con reclamos o recursos, sino también con peticiones (además, el artículo 261 de ese cuerpo legal distingue entre demandas y peticiones y en ambos supuestos establece que se resuelve el asunto con un acto final). La quinta consiste en la obligatoriedad de que el procedimiento concluya con un acto final dentro de los dos meses de iniciado (ver el artículo 261 –ya mencionado- de la Ley General) y conviene aclarar que por tal no se entiende necesariamente el último acto (sea, el que resuelve un recurso) ni el que agota la vía administrativa, sino aquel que sirve para dictar la primera decisión de fondo dentro del procedimiento. La sexta inconsistencia que generaría una interpretación tan cerrada del concepto de “resolución administrativa” sería el desconocer que hay muchísimos otros procedimientos administrativos que no se rigen por la Ley General de la Administración Pública. Sólo a modo de ejemplo, puede citarse los que se contemplan en el Código Municipal, el Código de Minería, la Ley General de Salud, la Ley de Expropiaciones, la Ley de Extradición, la Ley de Planificación Urbana, la Ley General de Aviación Civil, la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Indígena. Estos procedimientos quedaron excluidos del régimen de la Ley General mediante los decretos 8979-P y 9469-P, ambos de 1978 y amparados a la autorización legal prevista en el artículo 367 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública. Por último, pero no por ello menos importante, debe advertirse que por “resolución” en lo que se refiere al Prevaricato cometido por funcionarios públicos, el legislador que promulgó el Código Penal en 1970 nunca pudo haber pensado en lo que se dispuso en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, porque ésta fue emitida en 1978. Lo expuesto hasta aquí explica por qué hay decisiones administrativas emitidas mediante acto final que no se rigen por la Ley General tantas veces mencionada y por qué son susceptibles de ser consideradas como “resolución administrativa” para los efectos del delito de Prevaricato. En el presente caso, en lo que atañe al problema de la concesión de una patente para la venta temporal de licores en una reserva indígena, el Tribunal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica estima que para que haya una resolución administrativa propiamente dicha es necesario que previamente los administrados hayan formulado alguna petición y que por ello el acuerdo tomado no es una resolución (ver folio 392). La equivocación del a-quo es evidente. El órgano de mérito no sólo obvió el contenido del artículo 350 del Código Penal, ya expuesto en este fallo, sobre lo que debe entenderse por resolución administrativa, sino que incurre en las inconsistencias apuntadas líneas atrás. Esto último porque se centra en lo que se establece en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública y desconoce la posibilidad de que el procedimiento administrativo se inicie de oficio. Además, obvia el hecho de que en materia municipal no rige la Ley indicada e incorrectamente deja por fuera lo dispuesto en los artículos 46 y 48 del Código Municipal vigente al momento de los hechos, en los que se establecía que los acuerdos municipales pueden obedecer a mociones de los regidores. Así las cosas, es evidente que la decisión del Concejo Municipal de otorgar esta patente para la venta de licores puede ser constitutiva del delito de Prevaricato, por lo que deviene mal aplicada la normativa del Código Penal, máxime cuando la voluntad de la Administración se manifiesta en relación con los derechos de los administrados”. Las reflexiones anteriores son aplicables en el presente caso y permiten concluir que los acuerdos municipales del tipo que aquí se examina (la recepción de una obra urbanística, a solicitud de la empresa constructora y que, según lo acusa el Ministerio Público, incumplió con normas establecidas para proteger el ambiente, a la vez que el cuerpo municipal no demandó un estudio de impacto ambiental), constituyen resoluciones administrativas y, por ende,



son potencialmente aptas para que a través de ellas se incurra en el delito de prevaricato. Así las cosas, se desestima el alegato.

**e) Prevaricato: Delito que solo pueden cometerlo funcionarios que dictan resoluciones
Oficial de policía no puede constituirse en sujeto activo (delito imposible)**

[Sala Tercera]¹⁰

Voto de mayoría

"[el impugnante], refiere que se cometió un prevaricato por parte del oficial de policía que tuvo a cargo la investigación o que los juzgadores cometen una falta, sin embargo no señala con claridad en qué consiste cada una de estas irregularidades, además de que el prevaricato no es un delito que pueda ser cometido por un oficial de policía, sino que está limitado para las autoridades que se señalan en el artículo 350 del Código Penal, es decir, dicho delito lo comete únicamente aquellos funcionarios que tienen a su cargo la obligación de dictar resoluciones."

f) Prevaricato: Presupuestos

[Sala Tercera]¹¹

Voto de mayoría

"Coincide este Tribunal de Casación con el criterio expresado por el señor Fiscal General de la República en su libelo de desestimación en el sentido de que los hechos denunciados por don Rodrigo Núñez Cedeño, por ser atípicos, no configuran el delito de prevaricato, y en esa virtud hace suyas las razones que sobre el particular expone el Lic. Carlos Arias Núñez en su carácter de superior jerárquico del Ministerio Público. En efecto, en el caso concreto de que se conoce no se está en presencia de una **resolución**, pronunciamiento de contenidos y características propias a través del cual pueden prevaricar los funcionarios judiciales o administrativos, sino de acuerdos y pronunciamientos enderezados más bien a aclarar situaciones de conveniencia para el denunciante y de todos los interesados en el régimen jubilatorio del Poder Judicial, de allí que en la conducta acusada como prevaricadora, está ausente de manera total el dolo, elemento constitutivo del tipo penal que fue acusado. El denunciante estuvo siempre en posibilidad de reclamar en la sede correspondiente los derechos que pudo sentir vulnerados, pero no le es legítimo hacerlo en la vía penal, que no corresponde por tratarse de hechos atípicos desde el punto de vista represivo. Conviene reproducir, en respaldo del acogimiento de la solicitud de desestimación que aquí se hace, unos pocos conceptos del ya citado libelo que presentó al proceso el señor Procurador General: *"El denunciante considera que los hechos denunciados son configurativos del delito de prevaricato, y su relamo principal radica en el hecho de que el Consejo Superior del Poder Judicial haya admitido una gestión de aclaración invocada por uno de sus miembros, con la que se*

pretendía aclarar un punto oscuro o que se podía prestar a confusión con la lectura del acuerdo, sin que tal solicitud de manera alguna, pudiera motivar o general alguna resolución en el sentido que lo tutela el tipo penal, pues no resolvía absolutamente ningún litigio ni podría generar discusión alguna, pues lo único que pretendía era aclarar un estado jurídico cual es el hecho de que los derechos a la jubilación son imprescriptibles, motivando tal gestión lo confuso del pronunciamiento del Asesor Legal del Departamento de Personal del Poder Judicial...". No concurren en la conducta denunciada los elementos típicos del delito que describe y sanciona el artículo 350 del Código Penal. Ni se trata de una resolución dictada por el Consejo Superior del Poder Judicial del que forma parte el denunciado; ni es doloso el pronunciamiento objetado; ni se dictó contra la ley o se fundó en hechos falsos. Aparentemente se ha tratado de convertir la denuncia penal incoada en una especie de recurso, de nueva instancia en la que pueda revisarse lo actuado por el citado Consejo Superior, lo que no es posible. En la sede penal escogida por el denunciante debe estarse a la verdad histórica que se compruebe para calificarla frente a la verdad jurídica establecida por la norma, siendo imposible examinar nuevamente lo actuado por el órgano colegiado cuyo pronunciamiento se acusa como constitutivo de prevaricato. En el caso, los hechos que se acusan como delictivos no lo son a criterio del Ministerio Público como ente al que corresponde el ejercicio de la acción penal, criterio que esta Sala acoge. No parece oportuno reiterar las argumentaciones que hace el señor Fiscal General de la República, amplias, precisas, y claras, las cuales, como se dijo, se acogen a fin de que también se tengan como fundamento de esta resolución que desestima la denuncia formulada contra el Magistrado Luis Paulino Mora Mora por el delito de prevaricato acusado en perjuicio de don Carlos Rodrigo Núñez Cedeño."

g) Desestimación: Disposición de asignar magistrados para la tramitación de un recurso de amparo no configura el delito de prevaricato

[Sala Tercera]¹²

Voto de mayoría:

I.- Harold Juergens Miller denunció al Magistrado Luis Fernando Solano Carrera, en su Condición de Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por haber procedido a designar Magistrados para la tramitación de recursos de amparo, sin respetar un turno riguroso, el cual debería ser de cada siete recursos, ello en virtud del número de Magistrados que integran la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El detalle de los recursos de amparo presentados por el denunciante y la asignación de los mismos, se encuentran contenidos en los puntos 2 y 3 (**ver folio 48**) del acápite denominado Hecho Denunciado de la solicitud de desestimación presentada por el Fiscal General de la República.

II.- La figura del prevaricato contenida en el numeral 350 del Código Penal, se ubica en la Sección IV del Título XI "delitos contra los deberes de la función pública", pese a ello, lleva razón el Fiscal General en su escrito, cuando considera que el objeto de tutela del tipo penal no puede ser la Administración Pública en sí considerada, sino dicha función, en relación a los administrados como destinatarios de esa actividad, de lo contrario, quedaríamos restringidos al ámbito disciplinario interno de la propia administración. Este preámbulo resulta necesario para la comprensión de la exigencia dentro del tipo objetivo del elemento "resolución" para que pueda configurarse el delito de prevaricato, sin una resolución propiamente dicha, la conducta desplegada resulta atípica, que es



precisamente lo que ocurre en la causa bajo estudio. Una resolución, no es solamente en el ámbito del Derecho Público o Administrativo, el acto final que da por agotada la vía administrativa, sino que se refiere a toda disposición que resuelva o disponga sobre los derechos o intereses de los administrados, quienes son los destinatarios del quehacer estatal. Tratándose específicamente de la tramitación jurisdiccional como parte de la Administración de Justicia, la asignación de Magistrados para la tramitación de un recurso de amparo, no puede ser considerada una resolución a efectos del elemento de tipicidad objetiva del ordinal 350 del Código Penal, ya que tal designación incide únicamente hacia el interior de la propia Sala Constitucional y se refiere a la forma en que se asigna el trabajo, sin que ello afecte los derechos e intereses de los ciudadanos -coincidiendo esta Sala con las apreciaciones de la Fiscalía General de la República-, para efectos del tipo penal de prevaricato, resolución que sería eventualmente la decisión final adoptada en todos los casos por la Sala Constitucional en pleno. En consecuencia, resulta que aún aceptando el cuadro fáctico propuesto por el denunciante, el cual podría no ser concluyente si se considerara el resto del circulante de la Sala Constitucional (*habeas corpus*, acciones de inconstitucionalidad, entre otros), la conducta acusada carece de un elemento esencial del tipo objetivo, ya que la disposición de asignar Magistrado instructor a los recurso de amparo, no constituye propiamente una resolución a los efectos del tipo contenido en el artículo 350 del Código Penal, por ende es atípica y procede su desestimación. Por lo expuesto, con base en los numerales 1 y 39 de la Constitución Política; 30 y 45 del Código Penal; 297, 282 y 394 del Código Procesal Penal y 71 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, se procede a desestimar la denuncia presentada en contra de Luis Fernando Solano Carrera, Magistrado Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia."

h)Prevaricato: Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones que en ejercicio de sus atribuciones interpretan los alcances de una disposición jurídica constitucional no lo configura

[Sala Tercera]¹³

Voto de mayoría

"I. El licenciado Carlos Arias Núñez, Fiscal General de la República al momento en que presentó la gestión que aquí se conoce, solicita se desestime la denuncia interpuesta por Víctor Hugo González Montero contra los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones Oscar Fonseca Montoya, Luis Antonio Sobrado González y Olga Nidia Fallas Madrigal. Indicó el otrora jerarca del Ministerio Público, que el planteamiento del denunciante se relaciona con la decisión del Tribunal Supremo de Elecciones mediante la cual se reconoce al Partido Renovación Costarricense el derecho a recibir la contribución estatal para sufragar los gastos en que incurrió en la campaña electoral de 2002, lo que comúnmente se conoce como "deuda política". En concreto, González Montero cuestiona el criterio vertido por la máxima autoridad del Poder Electoral en la resolución 0591-E-2002 de las 9:35 horas de 19 de abril de 2002, en la que se expresa que pese a que el Partido Renovación Costarricense no alcanzó el cuatro por ciento (4%) de los votos válidamente emitidos en las elecciones de 2002, lo cierto es que alcanzó la elección de un Diputado, por lo que se encuentra dentro de los supuestos del artículo 96 de la Constitución Política que hacen posible que reciba la contribución estatal ya referida. El denunciante alega que en 1998, el Tribunal



Supremo de Elecciones se había pronunciado en el sentido de que los partidos inscritos a escala nacional que no obtuviesen el cuatro por ciento (4%) de la totalidad de votos válidamente emitidos, no eran acreedores de la contribución estatal, aunque hubiesen logrado la elección de un Diputado. Considera González Montero que esa disparidad de criterios revela la intención del Tribunal Supremo de Elecciones de favorecer al Partido Renovación Costarricense con lo resuelto en 2002. Ante lo planteado por el denunciante, el Ministerio Público expresa que en realidad no se está ante ningún delito. A juicio del órgano requirente, en el presente caso no se está ante una resolución dictada en contravención del Derecho, sino en el ejercicio legítimo de interpretar las disposiciones constitucionales en torno a la materia electoral. En virtud de esto último, el gestionante estima que no se dan los supuestos típicos del prevaricato, por lo que la denuncia se debe desestimar. II. **La gestión es de recibo:** En los términos del artículo 350 del Código Penal, el delito de prevaricato se configura cuando un funcionario judicial o administrativo dicta resoluciones contrarias a la ley o las funda en hechos falsos. A esa disposición legal debe agregarse lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución Política, en el cual se establece lo siguiente: *“Las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato.”* Como se ve, el constituyente dispuso que el delito de comentario también contempla como sujeto activo del mismo a los Magistrados que integran el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando se trata de las resoluciones emitidas por este órgano. En el presente caso, está claro que la determinación que hace ese órgano constitucional de quiénes son los acreedores de la contribución estatal para sufragar los gastos de los partidos políticos se enmarca dentro del concepto de resolución. Lo que sucede es que lo actuado por el Tribunal Supremo de Elecciones no es contrario a Derecho y por ello no se enmarca dentro de la figura del prevaricato. Nótese que lo que han hecho los Magistrados integrantes del más alto órgano del Poder Electoral es interpretar –en el ejercicio de atribuciones que le son exclusivas- la Constitución Política en cuanto a los alcances del artículo 96 de la misma. Además de resolver cómo ha de entenderse dicho numeral, han ofrecido una fundamentación amplia, profunda y razonable sobre por qué sostienen el actual criterio, pese a que el mismo es contrario al emitido en 1998 sobre el mismo tema. Asimismo, debe advertirse que expresamente tratan el problema del cambio de criterio sobre los alcances del ya mencionado artículo constitucional y justifican por qué adoptan el hoy vigente. Eso es interpretar normas jurídicas y la interpretación es un acto legítimo por parte de los aplicadores del Derecho, ya sean órganos del Poder Judicial, del Poder Electoral o de la Administración Pública, razón por la cual no es viable –en principio- considerarla como un supuesto de prevaricato. Ahora bien, claro está que puede haber errores en la interpretación o en la aplicación de las disposiciones jurídicas que conduzcan a una situación no amparada por el Derecho. En esos casos de error en la aplicación de las normas, las respectivas resoluciones podrán ser declaradas ineficaces, anuladas, revocadas, o incluso –de conformidad con algunas construcciones doctrinales y jurisdiccionales- inexistentes. En todas estas últimas situaciones se estaría ante una resolución contraria a Derecho, sí, pero no por ello se estaría ante el delito de prevaricato, pues este ilícito requiere que esa contravención del ordenamiento sea dolosa, es decir, consciente de que se va a resolver algo que éste no permite. Este carácter intencional de la infracción del Derecho es lo que diferencia la resolución antijurídica constitutiva del prevaricato de todas aquellas que –aunque infringen el ordenamiento sustantivo o procesal- no se enmarcan dentro de esta figura por ser producto de errores. Ahora bien, retomando el tema de la interpretación normativa, debe recordarse que mediante ella se delimitan los alcances de una disposición jurídica. En el caso bajo estudio, esto es lo que hizo el Tribunal Supremo de Elecciones, el cual estableció la manera como debe aplicarse el artículo 96 inciso 2) de la Constitución Política. Es necesario advertir que si bien es cierto la propia Ley Fundamental somete a los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones a la acción por prevaricato y de esa manera le permite a los órganos correspondientes de la administración de justicia penal examinar si lo actuado es constitutivo o no de ese delito, debe siempre tenerse el cuidado de no usurpar las atribuciones constitucionales de ese cuerpo del Poder Electoral. Ello por cuanto no puede caerse



en la práctica –que a juicio de los suscritos sería inconstitucional- de crear, mediante el conocimiento de las denuncias por el delito de comentario, una especie de instancia de alzada contra las decisiones del Tribunal Supremo de Elecciones. Tal uso de los mecanismos para activar la justicia penal constituiría un fraude procesal, pues tendría como fin obviar una prohibición expresa y hacer posible la revisión de las resoluciones en materia electoral emitidas por el órgano constitucional mencionado. Así, en situaciones como estas, las autoridades penales deben primero ponderar si se está ante un caso de interpretación de normas o de mera aplicación de las mismas. Si se trata de lo primero, el razonamiento por parte de la autoridad (administrativa, electoral o judicial) que dictó la resolución debe aparecer grosera y abiertamente contrario a las disposiciones jurídicas para poder luego examinar si en realidad es antijurídico y se trata de una conducta dolosa y así poder determinar si en el caso concreto de dio prevaricato o no. En el asunto bajo análisis, está claro que de lo que se trata es de interpretación de disposiciones constitucionales, que es una atribución del Tribunal. Además, lo expuesto por el Tribunal Supremo de Elecciones en la resolución N° 0591-E-2002 de las 9:35 horas de 19 de abril de 2002 (ver folio 75) constituye una interpretación del artículo 96 de la Constitución Política, que ni siquiera en apariencia resulta ajena a lo dispuesto en ese artículo, pues lo que se hace es aclarar que el uso de la letra “o” es disyuntivo, de modo que hay tres posibilidades mediante las cuales un partido político puede convertirse en acreedor de la contribución estatal para el financiamiento de la campaña. Así, las cosas, como bien lo señaló en su momento el licenciado Arias Núñez, no se aprecia que en la especie se esté ante una resolución contraria a Derecho y mucho menos que tal cosa –si la hubiera- se hubiese dictado dolosamente, razones por las cuales lo decidido por el Tribunal Supremo de Elecciones evidentemente no se enmarca dentro de los supuestos constitutivos del prevaricato. En virtud de todo lo anterior, **se acoge la solicitud formulada por el Ministerio Público y, en consecuencia, se desestima la denuncia interpuesta por Víctor Hugo González Montero contra los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones Oscar Fonseca Montoya, Luis Antonio Sobrado González y Olga Nidia Fallas Madrigal.** ”

i)Prevaricato: Integrantes de Concejo Municipal que otorgan permiso temporal para colocar construcción removible en Zona Pública de la Zona Marítima

Análisis doctrinario y normativo sobre los alcances del concepto "resolución administrativa"

[Sala Tercera]¹⁴

Voto de mayoría

"I- En recurso de casación interpuesto por los sentenciados Rodrigo Marchena Ortiz y René Contreras Sandoval, reclaman existencia de los siguientes defectos: **a).- Indebida aplicación del artículo 348 del Código Penal:** Argumentan, que en el caso concreto no existen los supuestos de hecho para utilizar esa norma, pues aunque tomaron un acuerdo administrativo en su condición de funcionarios públicos, no emitieron resolución alguna dentro de un proceso de índole jurisdiccional. Resaltan, que en el fallo no se tuvo por demostrado que al adoptar el acuerdo, lo hicieran a sabiendas de que infringían la Ley. **b).- Carencia de aplicación del artículo 63 de la Ley de la Zona Marítimo-Terrestre:** Al respecto, aducen que existe un concurso aparente de normas entre el artículo 63 citado y el ordinal 348 del código sustantivo, en virtud del cual debe aplicarse únicamente la primera, por existir una relación de especialidad. Estiman, que esta defectuosa

subsunción impidió que la causa prescribiera (confrontar folio 406).

II.- Los reclamos no son de recibo: A efecto de resolver adecuadamente los reclamos indicados, es pertinente transcribir la relación de hechos tenidos por demostrados en sentencia, pues sólo a partir de ese marco fáctico, podrá examinarse la subsunción realizada por el Tribunal de mérito. Así - en lo que interesa - se acreditó que: "... A) Los aquí imputados René Contreras Sandoval, Adela Sequeira Gutiérrez cc Viria y Rodrigo Marchena Ortiz, actuando en calidades de Presidente Municipal el primero, vicepresidente municipal la segunda y regidor propietario el tercero, en la sesión ordinaria N° 21-87 del Consejo Municipal de Carrillo celebrada el día catorce de abril de mil novecientos ochenta y siete, conocieron de una solicitud de parte del señor Fernando Hurtado Clachar para construir una terraza de madera frente al negocio Bar El Papagayo, esto en la Zona Pública de la Zona Marítima Terrestre de Playas del Coco, Carrillo. B) Según acuerdo número cinco inciso segundo de la citada sesión Municipal, los aquí imputados acordaron del todo improcedente y denegaron tal solicitud, pues tomaría parte de la calle que va a la playa que es zona pública inalienable y la ley prohíbe la construcción dentro de los cincuenta metros mencionados de acuerdo con la ley y el Plan Regulador de Playas del Coco. C) En sesión ordinaria N° 23-87 del Consejo Municipal de Carrillo celebrada el cinco de mayo de mil novecientos ochenta y siete, los encartados Adela Sequeira Gutiérrez quién actuó como presidente Municipal, Rodrigo Marchena Ortiz quien actuó como vicepresidente Municipal, y René Contreras Sandoval actuando como Regidor Propietario, conocieron una petición del señor Fernando Hurtado Clachar, a fin de reconsideraran la negación del permiso para construir una plataforma removible de madera frente al negocio. El Papagayo, esto en la Zona Pública de la Zona Marítimo Terrestre de Playas del Coco, acordando los imputados en forma contraria a lo establecido en la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, otorgar el permiso a Hurtado Clachar, para que construyera "una plataforma de madera desarmable sin ninguna base de cemento y por el término de un año prorrogable de común acuerdo y comunicación de un mes de anticipación", permiso que se concedió además sin la previa y expresa autorización del Instituto Costarricense de Turismo, Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y del Ministerio de Obras Públicas y Transportes ..." (sic, folios 366 y 367). Señalan los impugnantes, que por no ostentar la condición de jueces carecen de facultades para dictar resoluciones jurisdiccionales y aún cuando al momento de ocurrir los hechos desempeñaban funciones públicas como integrantes del Concejo Municipal del Cantón de Carrillo (Provincia de Guanacaste), no dictaron una resolución final en un "procedimiento administrativo". Interpretan, que bajo tales condiciones no podría estimarse como configurado el tipo penal contenido en el artículo 350 del Código sustantivo (prevaricato). En realidad, como se colige de la misma redacción del numeral 350 citado, no existe obstáculo penal alguno para considerar que funcionarios públicos -distintos a los jueces- puedan dictar resoluciones contrarias a la ley. Así, el texto normativo dispone, que: "... Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos...". Como delito especial, el prevaricato solo puede realizarse por los sujetos descritos en la norma, que debe ser un "funcionario judicial o administrativo" con posibilidad de dictar resoluciones. Además, la antijuridicidad de la acción está determinada por inobservancia de la ley (procesal o sustantiva). Recientemente, esta Sala ha dimensionado en su correcto sentido, el elemento normativo: "resoluciones", según la debida protección que cabe otorgar al bien jurídico tutelado (deberes de la función pública). En ese sentido, debe tenerse presente, que según lo ha establecido la jurisprudencia: "... la norma legal de referencia [artículo 350 del Código Penal] contempla como sujetos activos del ilícito sólo a funcionarios administrativos y judiciales. Claro está que la conducta que ellos despliegan debe ser dolosa. Eso significa que deben conocer que lo que están resolviendo es contrario a la ley o se basa en hechos falsos y deben querer, a sabiendas de lo anterior, dictar la resolución. Asimismo, es necesario hacer ver que en ningún momento se exige el otorgamiento de ventajas de cualquier tipo a los funcionarios públicos para que se configure el



delito de Prevaricato. Ahora bien, por “resolución”, cuando se trata del resultado de la actividad administrativa, se entiende todo aquel acto final mediante el cual la Administración Pública expresa su voluntad en relación con los derechos e intereses de los habitantes, luego de haber desarrollado un procedimiento administrativo para decidir. En otras palabras la “resolución administrativa” a la que se alude en el numeral que regula el delito de Prevaricato es toda aquella decisión final que afecta derechos e intereses de los administrados, a la que llega la Administración Pública tras cumplir el procedimiento respectivo. Lo anterior se ve respaldado por calificadas opiniones doctrinales. Por ejemplo, José Luis González Cussac afirma: “El término ‘resolución’ no ofrece demasiados problemas. Jurisprudencia y doctrina viene a entender por ‘resolución’ todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio, que afecte el ámbito de los derechos e intereses de los administrados. Esto es, todo acto de contenido decisorio. En definitiva, podría decirse que es todo acto de la Administración que comporta una declaración de voluntad de la misma, de contenido decisorio y que afecte a la órbita de los derechos de los ciudadanos.” (ver: El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2ª edición, 1997, pp. 49-50). Por su parte, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán estiman que la resolución a la que se refiere el delito de Prevaricato es “una acción positiva de realización de un acto administrativo” (ver: Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 11ª edición, 1996, p. 836). Además, no es posible obviar cómo se define “resolución” por parte de quienes se han dedicado al estudio especializado del vocabulario jurídico. Los especialistas franceses que colaboran con la Asociación Henri Capitant sostienen que “resolución” es una “denominación genérica de las providencias generales, colectivas o individuales dictadas por los ministros” (ver: Vocabulario Jurídico, publicado bajo la dirección de Gerard Cornú, traducción al español efectuada por Jaime Restrepo y Jorge Guerrero sobre la base de la segunda edición francesa, Santa Fé de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1995, p. 767). De lo anterior, debe resaltarse el carácter genérico del vocablo en estudio, ya que abarca todo tipo de decisión dictada por las autoridades públicas, ya sean éstas jurisdiccionales o administrativas. Por su parte, Guillermo Cabanellas entiende por “resolución” todo “fallo, auto, providencia de una autoridad gubernativa o judicial” (ver: Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, S.R.L., 11ª edición, 1993, pp. 351-352) y de esa forma queda claro que el término no puede restringirse sólo al conocimiento de recursos o reclamos, sino que en materia administrativa abarca las decisiones que se toman de oficio y atendiendo a las particularidades de todos y cada uno de los diversos procedimientos administrativos establecidos en muchas leyes distintas. Es necesario resaltar que en el ordenamiento costarricense no hay posibilidad alguna de restringir el concepto de “resolución administrativa” a lo que se establece en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública. Ello por cuanto generaría muchas y muy serias (por sus graves derivaciones) inconsistencias. La primera es que de aplicarse una noción tan restringida del término de comentario, ello equivaldría a obviar que la naturaleza jurídica del instituto sigue siendo la de acto administrativo y que en esencia es un acuerdo. La segunda es que se darían incongruencias dentro de la misma Ley General, ya que en ese apartado se especifica que el acuerdo mediante el cual se deciden recursos y reclamos administrativos tiene el nombre de “resolución”, pero aferrarse a esta denominación conllevaría un desconocimiento de la posibilidad de que la Administración Pública inicie de oficio (ver el artículo 284 de la Ley General) procedimientos administrativos que afectan los derechos e intereses de los administrados. La tercera radica en que en la misma Ley General de la Administración Pública se utiliza la palabra “resolución” en supuestos distintos a los que contempla el numeral 121 inciso 3); así, por ejemplo, en el 227 se menciona la “resolución” de cuestiones previas. La cuarta se aprecia fácilmente en el artículo 224 de la Ley General, ya que el procedimiento administrativo no se sigue sólo en relación con reclamos o recursos, sino también con peticiones (además, el artículo 261 de ese cuerpo legal distingue entre demandas y peticiones y en ambos supuestos establece que se resuelve el asunto con un acto final). La quinta consiste en la obligatoriedad de que el procedimiento concluya con un



acto final dentro de los dos meses de iniciado (ver el artículo 261 –ya mencionado- de la Ley General) y conviene aclarar que por tal no se entiende necesariamente el último acto (sea, el que resuelve un recurso) ni el que agota la vía administrativa, sino aquel que sirve para dictar la primera decisión de fondo dentro del procedimiento. La sexta inconsistencia que generaría una interpretación tan cerrada del concepto de “resolución administrativa” sería el desconocer que hay muchísimos otros procedimientos administrativos que no se rigen por la Ley General de la Administración Pública. Sólo a modo de ejemplo, puede citarse los que se contemplan en el Código Municipal, el Código de Minería, la Ley General de Salud, la Ley de Expropiaciones, la Ley de Extradición, la Ley de Planificación Urbana, la Ley General de Aviación Civil, la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Indígena. Estos procedimientos quedaron excluidos del régimen de la Ley General mediante los decretos 8979-P y 9469-P, ambos de 1978 y amparados a la autorización legal prevista en el artículo 367 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública. Por último, pero no por ello menos importante, debe advertirse que por “resolución” en lo que se refiere al Prevaricato cometido por funcionarios públicos, el legislador que promulgó el Código Penal en 1970 nunca pudo haber pensado en lo que se dispuso en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, porque ésta fue emitida en 1978. Lo expuesto hasta aquí explica por qué hay decisiones administrativas emitidas mediante acto final que no se rigen por la Ley General tantas veces mencionada y por qué son susceptibles de ser consideradas como “resolución administrativa” para los efectos del delito de Prevaricato...”. (Voto # 1.021-2.000, de 10:45 horas del 1 de setiembre de 2.000). Tal como tuvo por demostrado el sentenciador, los acusados ostentaban la condición de integrantes del Concejo Municipal del Cantón de Carrillo (Provincia de Guanacaste) y en tal calidad, concedieron una ventaja contraria a la ley, consistente en otorgar un permiso temporal (por un año, pero prorrogable) para colocar una construcción de madera “removible” en la Zona Pública de la Zona Marítimo-Terrestre, en Playas del Coco. En esa tesitura, debe aclararse que no excusa la actuación de los acusados, el que el interesado gestionara revisión del anterior acuerdo denegatorio, aduciendo que colocaría una plataforma removible. Por el contrario, ello es indicativo de que los justiciables conocían con antelación, que por mandato de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre (Ley # 6.043, de 2 de marzo de 1.977, publicada en el Alcance No. 36, a La Gaceta No. 52, de 16 de marzo de 1.977), incumbía a ellos como integrantes de la Corporación Municipal, velar directamente por el cumplimiento de las normas de esa ley referentes al dominio, desarrollo, aprovechamiento y uso de la zona marítimo terrestre y en especial de las áreas turísticas de los litorales (artículo 3). Es claro, que los acusados sabían que la autorización emitida era contraria a la ley, pues implicaba una ocupación temporal de una parte de la Zona Pública, lo cual es manifiestamente improcedente, pues en principio: “... la zona pública no puede ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso. Nadie podrá alegar derecho alguno sobre ella. Estará dedicada al uso público y en especial al libre tránsito de las personas...” (artículo 20 *ibidem*), salvo en los casos de excepción previstos en la ley, como la autorización para construir plantas industriales, instalaciones de pesca deportiva o instalaciones artesanales, obras portuarias, programas de maricultura u otros establecimientos o instalaciones similares, para cuyo funcionamiento sea indispensable ubicarse en las cercanías del mar, requiriendo en tal evento la aprobación expresa del Municipio respectivo, del Instituto Costarricense de Turismo (I.C.T.), del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (I.N.V.U.) y demás instituciones del Estado encargadas de autorizar su funcionamiento, así como del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (M.O.P.T.) (artículo 18 *ejúsdem*). Tal como expuso el a-quo, el caso sub-exámene no se encontraba ante ninguno de los supuestos referidos. Es claro que la acción dolosa se comprobó, no solo porque entre sus funciones estaba vigilar y proteger dicho bien público, sino porque además con anterioridad se había denegado una gestión del interesado, argumentando en aquella oportunidad, que: “... Juzgamos del todo improcedente tal solicitud pues tomaría parte de la calle que va a la playa que es zona pública inalienable y la ley prohíbe la construcción dentro de los 50 mts mencionados de acuerdo con la ley y el plan Regulador de Playas del Coco ...” (confrontar



transcripción del acuerdo municipal, agregada a folio 27). Así, si entre el primer acuerdo y la decisión que ahora se cuestiona existió un lapso de quince días, manteniéndose las mismas justificaciones legales, ahora no pueden pretender los quejosos que actuaron sin dolo, pues era de su conocimiento que aún cuando autorizaran instalar una plataforma removible, ello comprometía el libre acceso a la Zona Pública, que de esa forma resultaba ocupada.

III.- Luego, se ha resaltado que los hechos demostrados se adecuaban a las previsiones del artículo 63 de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre que dispone que: "... El funcionario o empleado que otorgare concesiones o permisos de ocupación de desarrollo o aprobare planos, contra las disposiciones de esta ley o leyes conexas, o impidiere o hiciere negatoria la orden de suspensión o demolición, legalmente decretadas o dispuestas, de una obra o instalación, o la sanción de algún infractor a las normas de esta ley y sus reglamentos, será reprimido con prisión de tres meses a dos años **si no se tratare de delito más grave**. Además será despedido de su empleo sin responsabilidad patronal. Si el funcionario fuere de elección popular, procederá a la pérdida de su credencial a juicio del Tribunal Supremo de Elecciones, previa información que éste dispondrá levantar...". (el resaltado no está en el original). **No lleva razón el reproche:** Si bien es cierto existe similitud entre el numeral 350 del Código Penal y la norma transcrita, ello no implica necesariamente que exista una relación de especialidad que desplace el artículo 350. Precisamente, el ordinal 63 establece una **cláusula de subsidiariedad expresa**, que obliga al Juzgador a verificar que la acción **no esté más severamente reprimida** con otro tipo penal, como sucede en este evento, en que la pena prevista para el ilícito de prevaricato es de 2 a 6 años de prisión, mientras que la preceptuada en el artículo 63 de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre, oscila entre tres meses y dos años de pena privativa de libertad. En este sentido, la adecuación típica realizada por el Tribunal de instancia se ajusta a la base fáctica comprobada y corresponde a una interpretación razonable del artículo 23 del Código Penal, que señala que en los casos en que exista una subordinación expresa o tácita entre varias normas, debe optarse por aquella a la que remite la norma accesoria, precisamente por representar una afectación mayor del bien jurídico. En consecuencia, se **declara sin lugar** el recurso de casación interpuesto".



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Carrara, F. (1980). Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen V. Cuarta Edición Revisada. Editorial TEMIS Librería. Bogotá, Colombia. Pp. 140-152.
- 2 Cuello Calón, E. (1975). Derecho Penal. Tomo II Parte Especial. Decimocuarta Edición. Editorial Bosch. Barcelona. España. Pp. 396-410.
- 3 Fontán Balestra, C. (2008). Derecho Penal: Parte Especial. Editorial Abeledo-Perrot. Decimoséptima Edición. Buenos Aires, Argentina. Pp. 989-996.
- 4 Suárez-Mira Rodríguez, C., Judel Prieto, A. & Piñol Rodríguez, J. R. (2008). Manual de Derecho Penal Tomo II Parte Especial. Quinta Edición. Editorial Arazandi S.A. Cizur Menor, Navarra, España. Pp. 502-507.
- 5 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 4573 del cuatro de mayo de mil novecientos setenta. Código Penal. Fecha de vigencia desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 33 de 33 del 24/09/2010. Datos de la Publicación: N° Gaceta: 257 del 15/11/1970. Alcance: 120.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 44 de las diez horas del treinta de enero de dos mil cuatro. Expediente: 03-002867-0647-PE.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 115 de las catorce horas treinta minutos del veintitrés de febrero de dos mil cinco. Expediente: 03-005525-0647-PE.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 389 de las nueve horas treinta minutos del cinco de mayo de dos mil seis. Expediente: 99-027542-0042-PE.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 687 de las nueve horas cuarenta minutos del veintiocho de julio de dos mil seis. Expediente: 01-002940-0647-PE.
- 10 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 724 de las nueve horas treinta y cinco minutos del veinte de julio de dos mil uno. Expediente: 01-000239-0006-PE.
- 11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 853 de las catorce horas treinta y cinco minutos del cuatro de setiembre de dos mil uno. Expediente: 00-002980-001-PE.
- 12 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 981 de las once horas diez minutos del veintiséis de agosto de dos mil cinco. Expediente: 05-000317-0647-PE.
- 13 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1101 de las once horas treinta minutos del veintiocho de noviembre de dos mil tres. Expediente: 02-001864-0647-PE.
- 14 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1266 de las nueve horas veintiséis minutos del tres de noviembre de dos mil. Expediente: 96-200048-0384-PE.