

# *El delito de prevaricato en el Perú*

## *Prevarication Crime in Peru*

Liz Patricia Benavides Vargas\*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i19.1377>

# Lex

\* Fiscal adjunta suprema titular. Jefa del área especializada de la Fiscalía de la Nación en denuncias contra magistrados. Doctora en Derecho, magister en Derecho Civil y Comercial, y abogada titulada de la Universidad de Lima. E-mail: pattbenavides@hotmail.com



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional. (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



*Cargador de cacao. Óscar Allain*

## RESUMEN

En el presente artículo, la autora trata sobre la evolución del delito de prevaricato, desde su regulación en la antigua cultura romana, su codificación en el Digesto, así como regulación en el Código Penal de Santa Cruz de 1831, el Código Penal de 1864, el Código Penal de 1924, finalizando con su aplicación en la legislación nacional contemporánea.

**Palabras clave:** *prevaricato, juez, fiscal, administración pública, resolución judicial, dictamen.*

## ABSTRACT

The author addresses the evolution of the crime known as prevarication, starting with its regulation in the ancient Roman culture, its codification in the Digest and its regulation in the 1831 Criminal Code of Santa Cruz, the 1864 Criminal Code, the 1964 Criminal Code, ending with its national legal contemporary application.

**Keywords:** *prevarication, judge, prosecutor, public administration, court ruling, ruling.*

## I. INTRODUCCIÓN

El delito de prevaricato es un delito especial propio, por cuanto requiere de una condición especial de autoría, es decir, que el sujeto activo sea un juez o fiscal, en cualquiera de sus niveles, sea titular o provisional. Por su parte, el bien jurídico tutelado es la correcta administración de justicia, la cual representa un deber y obligación por parte de los magistrados, quienes deben sustentar sus resoluciones dentro del marco de la ley, fundando sus decisiones en los hechos probados por las partes.

Sobre la conducta típica, el legislador ha dispuesto expresamente los supuestos de infracción a la recta administración de justicia que se presentan como modalidades prevaricadoras. Estos supuestos configuran como un tipo alternativo, que operan de manera independiente. Así tenemos el “prevaricato de derecho”, cuando la resolución resulta manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley; “prevaricato de hecho y por introducción de pruebas inexistentes”, que se presenta si cita hechos falsos o pruebas inexistentes; y la “prevaricación por insubsistencia normativa”, que se configura cuando se apoya en leyes supuestas o derogadas. Desde el aspecto subjetivo se requiere la concurrencia de un actuar “doloso”.

Sin embargo, la figura del tipo penal no solo se refiere al juez o fiscal como sujeto activo, sino que también se extiende en una submodalidad a los abogados que sirven a la administración de justicia para una correcta administración de justicia para las partes a las que representan. Esta tradición de penalizar las conductas de los administradores de justicia (sean cónsules o pretores en la antigua Roma) como a los abogados que *traicionaban a su cliente en un juicio tanto privado como público se remonta a los primeros cuerpos legislativos como el Digesto, así como en todos los códigos penales del Perú (1831, 1864, 1924 y 1991)*.

En el presente trabajo se realizará una breve reseña histórica de la evolución del delito de prevaricato, desde sus inicios en la cultura romana, pasando por su regulación en el Digesto, hasta su aplicación en el Código Penal vigente.

## II. ORÍGENES EN LA CULTURA ROMANA

La doctrina es unánime en señalar que los orígenes de la palabra *prevaricación* se encuentra en la antigua cultura romana, en la época de la República, aproximadamente 509 a. C., proveniente de la palabra del latín *prevaricatus*, compuesta por el prefijo *prae* que significa “antes” y *vicare* que significa “traspie”.

En esta **época** encontramos la llamada *acción de perduelio* o alta traición, que se daba para sancionar al magistrado por cualquier acto de transgresión de un deber público en el ejercicio de su cargo. Los magistrados titulares del Imperio eran llamados cónsules, sin embargo, para la acción de *perduelio* eran considerados como magistrados también gobernantes con poder supremo, estos últimos fuera del Imperio, y que eran juzgados por las asambleas romanas. Por otro lado, mediante la *acción* o *Lex Cornelia*, la cual debe su nombre al cónsul Lucio Cornelio Sila Félix,<sup>1</sup> se castigaba a los pretores, que eran los colaboradores menores de los cónsules, cuando estos se apartaban de la correcta aplicación de las leyes.

Posteriormente, en la época del Imperio Romano, Justiniano I,<sup>2</sup> emperador del Imperio Romano de Oriente desde el 01 de agosto del año 527 hasta el año 565 (fecha de su deceso), encargó a un grupo de juristas la compilación y redacción del derecho romano, a fin de armonizarlo en lo posible con la cultura cristiana, constituyendo la trascendental obra *Corpus Juris Civiles*, que es la base de muchas legislaciones modernas, y que estaba compuesta por el *Cotex Iustinianus*, el *Digesto* o *Pandectas*, las *Institutas* y las *Novellae*. En el *Digesto* encontramos la base de lo que en la actualidad podríamos llamar el delito de prevaricato. Con este concepto se castigaba la prevaricación sancionando al acusador injusto, como al abogado que traicionaba a su cliente para colaborar con la otra parte, el mismo que era sancionado en un juicio extraordinario, debiendo devolver el dinero que hubiera recibido por la corrupción.

El *Digesto* de Justiniano, tomo III, dice:

“Ley 1: Prevaricador es como si se dijera que “varica” (es decir que anda con las piernas separadas) y ayuda así a la parte contraria traicionando a la que en él confía; Labeón dice que este término se deriva del hecho de “varicar” en la contienda, pues el que prevarica está en un lado y otro, incluso más del otro. Propiamente, se llama prevaricador al acusador en un juicio público, pues de un abogado no se dice con propiedad que es prevaricador. Entonces, ¿qué hacer con un abogado así? Si ha prevaricado, es decir, si ha traicionado a su cliente en un juicio tanto privado como público, el tal suele ser castigado en juicio extraordinario”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> En latín, Lucius Cornelius Sulla Felix, <sup>[Roma]</sup>, 138 a. C - Puteoli, 78 a. C.

<sup>2</sup> En latín Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus.

<sup>3</sup> Ramón Ferrer Barquero, *El castigo del juez injusto. Un estudio de derecho comparado* (Miami, Florida: Centro para la Administración de Justicia, 2003). [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/60E3C859078F-4B9205257A7C005BE1A3/\\$FILE/monograph8.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/60E3C859078F-4B9205257A7C005BE1A3/$FILE/monograph8.pdf)

En latín:

Ley 1: Praevaricator est quasi varicator, qui diversam partem adjuvat prodita causa sua. Quod nomen Labeo a varia certatione tractum ait. Nam qui praevaricatur, ex utraque parte constitit, quinimo ex altera. Is autem praevaricatur proprie dicitur qui publico iudicio accusaverit, caeterum advocatus non proprie praevaricatur dicitur. Quid ergo de eo fiet, sive privato iudicio, sive publico praevaricatus sit, hoc est, prodiderit causam? Hic extra odinem solet puniri.

En esta época se castigaba tanto al cónsul o pretor, por vulnerar la ley o traicionar al Imperio, mediante la acción *perduellio* y *Les Cornelia*, como al abogado que había traicionado a su cliente para colaborar con la otra parte en la contienda, el cual era juzgado por el mismo tribunal que había participado en el proceso en el cual prevaricó, realizando una audiencia extraordinaria en la que se declaraba nulo lo resuelto y se ordenaba al abogado devolver el dinero o especies recibidos.

### III. EL DELITO DE PREVARICATO EN EL PERÚ

Una vez lograda la emancipación de España, en 1821, las naciones hispanoamericanas realizaron los esfuerzos por organizar el Gobierno y generar sus primeras legislaciones. Como primera codificación penal tenemos el Código Penal de Santa Cruz de 1831, elaborado bajo el modelo del Código Penal Español de 1822. el Código Penal de Santa Cruz fue proclamado en la época de la Confederación Perú-Boliviana, bajo el Gobierno del mariscal Andrés de Santa Cruz; sin embargo, tuvo un corto período de vigencia, pues fue derogado a los pocos años, el 31 de julio de 1838.

En el Código Penal Español de 1822, se puede observar la tipificación del delito de prevaricato de derecho, en el artículo 324º, el cual establece que:

Art. 324. **El que de palabra ó por escrito provocara con sátiras ó invectivas í desobedecer alguna ley ó al Gobierno ú otra autoridad pública, sufrirá un arresto de quince dias á dos meses, ó una multa de ocho a treinta duros, con privación de empleo y temporalidades al eclesiástico secular ó regular ó funcionario público que cometiere este delito ejerciendo las funciones de su ministerio.** Pero si un eclesiástico secular ó regular, abusando de su ministerio en sermón ó discurso al pueblo, ó en edicto, carta pastoral ú otro escrito oficial, censurare o calificara como contrarias á la religión ó á los principios de la moral evangélica las operaciones ó providencias de cualquiera autoridad pública, sufrirá una reclusión de dos á seis años, y se le ocuparán las temporalidades. Si denigrare con alguna de estas calificaciones al cuerpo Legislativo, al Rey, ó al Gobierno supremo de la Nación, será estrañado del reino para siempre, y se le ocuparán también las temporalidades. (El resaltado es nuestro).

### 3.1. Código Penal de Santa Cruz de 1831

Por su parte, el Código Penal de Santa Cruz de 1831 prescribía el delito de prevaricato en los siguientes artículos:

Art. 344.- Comete prevaricación todo funcionario público que en el ejercicio de sus funciones procede contra las leyes, ya haciendo lo que ellas prohíben expresa y terminantemente o dejando de hacer lo que ordenan del mismo modo, por interés personal o por soborno, o por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado. Los prevaricadores perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno público, sin perjuicio de sufrir otras penas que merezcan por otros delitos que cometan en la prevaricación.

Art. 345.- Los jueces de derecho o árbitros prevaricadores serán condenados, además, a oír públicamente la sentencia si hubiesen cometido la prevaricación en causa civil, y si hubiesen prevaricado en causa criminal a igual tiempo de prisión, o la misma pena que injustamente hubiesen hecho sufrir a alguna persona. También se impondrán las mismas penas a los demás funcionarios públicos que con la prevaricación hubiesen cometido otro delito contra la libertad individual de alguna persona, de cualquiera de los modos expresados en el capítulo 4to., título 1ro. del libro 2do. de este Código.

Art. 346.- El funcionario público que cometa prevaricación por soborno o cohecho dado o prometido a él o a su familia, directamente o por interpuesta persona, sufrirá además de las penas de prevaricador, la de infamia, y una reclusión de uno a cuatro años, si no estuviere señalada otra mayor al delito que cometiere.

Art. 347.- El juez de derecho o árbitro, o cualquiera otro funcionario público que por sí o por su familia, o por interpuesta persona, admita a sabiendas, o se convenga en admitir algún soborno, cohecho o regalo, y en su consecuencia haga alguna cosa contraria a su obligación, o deje de hacer alguna a que esté obligado, aunque no llegue a incurrir en prevaricación, sufrirá las mismas penas que los artículos precedentes imponen a los prevaricadores. Si la acción que cometiere por soborno, fuese no sólo contraria a su obligación, sino que contenga otro delito a que esté señalada alguna pena, se le impondrá esta igualmente.

### 3.2. Código Penal de 1863

Posteriormente, en 1853, ante la ausencia de una codificación penal en el Perú, mediante ley de fecha 16 de setiembre de 1853, el Gobierno presidido por el presidente Ramón Castilla y Marquesado nombró una comisión para la elaboración del Código Penal y un Código de Procedimientos Criminal, integrada por tres senadores y dos diputados, la cual recién sería aprobada por el Congreso el 23 de setiembre de 1862 y refrendado el 01 de octubre del mismo año, dilatándose su promulgación por su impresión hasta el 01 marzo de 1863.

El Código Penal de 1863 tiene su fuente nuevamente en la legislación española, en el Código Español de 1848, el cual a su vez es de influencia en la legislación francesa, y que prescribe el delito de prevaricato en los siguientes artículos:

Art. 170.- Comete prevaricato:

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

Art. 171.- Los que incurran en cualquiera de los tres primeros delitos comprendidos en el artículo anterior serán condenados a suspensión de tres a seis meses.

Art. 172.- Cometten también prevaricato, los abogados y procuradores que defienden o representan a ambas partes simultáneamente; o que, después de patrocinar o representar a una parte, defienden o representan a la contraria en la misma causa.

Art. 173.- Los reos expresados en el artículo anterior sufrirán multa de cincuenta a doscientos pesos.

Art. 174.- Los jueces árbitros, los asesores y los peritos quedan sujetos en sus respectivos casos a las disposiciones de este título.

En la jurisprudencia de la época encontramos la Ejecutoria del 23 de agosto de 1915, que señalaba que:

No procede la querrela por prevaricato contra un Juez de Primera Instancia, cuando se funda en actos que se dice ilegales, practicados en juicio que está en tramitación. Ejemplo del 23 de agosto de 1915.

Como puede apreciarse, en esta época no procedía la denuncia por el delito de prevaricato, cuando el proceso judicial en que se habría generado el delito estaba en trámite, debiendo esperar la parte agraviada a que el proceso judicial culmine. Igual razonamiento jurisdiccional se mantendría durante la vigencia del Código de 1924, conforme veremos más adelante.

### 3.3. Código Penal de 1924

Ante los defectos encontrados en el Código Penal de 1863, se produjeron en el Perú distintos movimientos a efectos de efectuar su modificación, los que se vieron expresados en el decreto de marzo de 1871 y octubre de 1873, decreto del 03 de julio de 1974, en los cuales



se nombraron comisiones para reformar el Código Penal. En 1900, el Gobierno dictó una resolución declarando “urgente salvar los vacíos e imperfecciones de que adolecen los Códigos Penales”, nombrándose nuevamente una comisión de altos juristas y magistrados, disuelta al igual que las anteriores, no efectuándose la anhelada reforma. En 1916, el Congreso nuevamente dictó una ley para la reforma del Código Penal, la misma que tampoco tuvo éxito. Más adelante, mediante Ley N° 4460, de fecha 30 de diciembre de 1921, el presidente Augusto B. Leguía nombró una comisión para la revisión del proyecto del Código Penal y del Código de Procedimientos en Materia Criminal. En el artículo 1° de la citada ley, se lee: “Que el Código de Procedimientos en Materia Criminal no guarda perfecta armonía con el Código Penal vigente, lo que dificulta la buena administración de justicia en el ramo”. En tal sentido se encarga a una comisión compuesta por dos senadores, tres diputados y dos magistrados de la Corte Suprema para la revisión del proyecto del Código Penal. Presentado el Proyecto de Código Penal por la comisión, fue promulgado por el presidente de la república el 11 de enero de 1924, por Ley N° 4460, y publicada el 28 de julio de 1924.

El Código Penal de 1924 tipificaba el delito de prevaricato en los artículos 334 a 357, cuyo texto original establecía lo siguiente:

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

Este artículo que posteriormente fue modificado por el D. Leg. N° 121, de 12 de junio de 1981, en el cual incluyó al fiscal<sup>4</sup> como actor del delito de prevaricato en los casos en los que los dictámenes que emitieren se encontrasen contrarios al texto expreso y claro de la ley o que citare resoluciones o hechos falsos o que se apoyare en leyes supuestas o derogadas. Igual situación se produjo con los servidores y funcionarios públicos, a los que se les sancionaba con la misma pena en caso incurrieren en la misma conducta típica en el proceso administrativo; así tenemos:

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

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

<sup>4</sup> El 2 de enero de 1930 se promulgó el Código de Procedimientos en Materia Criminal, el que en su artículo 2 precisó que el ejercicio de la acción penal era pública, siendo asumida por el Ministerio Fiscal. Su organización, constitución, competencias y prohibiciones fueron encomendadas al Ministerio de Justicia. Este ejercía el control sobre los integrantes del Ministerio Público o Ministerio Fiscal, como se le denominaba.

Artículo 355°.- El juez que, maliciosamente, o sin motivo legal, ordenara detención, o no otorgara la libertad del detenido o preso cuya soltura ha debido declarar, será reprimido con multa de la renta de treinta a sesenta días e inhabilitación absoluta no menor de un año.

Artículo 356°.- El juez o el árbitro o el fiscal o el asesor que conociere en causa que patrocinó como abogado, será reprimido con multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación, conforme a los incisos 1° y 3° del artículo 27, por no más de tres años.

Artículo 357°.- El abogado o mandatario judicial que se coludiera con la parte contraria, o que sirviese por sus consejos o su asistencia a partes que tengan intereses opuestos, o que de otra manera perjudicase intencionalmente la causa que defiende o representa, será reprimido con multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación, conforme a los incisos 1°, 3° y 6° del artículo 27, por no más de tres años.

En la jurisprudencia de los años 1950 a 1960, respecto a la aplicación de este delito a magistrados encontramos la siguiente:

No procede la apertura de instrucción por delito de prevaricato contra un Juez Instructor, cuando los hechos denunciados se refieren a diligencias judiciales practicadas en instrucciones que están en trámite y respecto de los que se puede hacer valer los recursos legales. Ej. 20 de abril de 1950 – R. de J. P. 1950.

No esta expedita la acción penal por delito de prevaricato si el agraviado no ha agotado los recursos legales respecto a la resolución que cree ha sido dictada al margen de la ley - Ej. 17 de mayo de 1951.

La denuncia que se basa en sospechas no da lugar a la apertura de instrucción contra un juez por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad. Si se considera que un juez no actúa con arreglo a ley, se debe recurrir ante el Superior Jerárquico agotando los recursos legales. La denuncia por prevaricato solo procede si se funda en actos ilegales practicados en juicio que ya terminó, y no si está en tramitación. Ej. 15 de noviembre de 1958.

No procede la apertura de instrucción por delito de prevaricato contra un Juez de Primera Instancia a quien se imputa haber pronunciado resoluciones indebidas, y si además, los presuntos agraviados formularon los recursos legales, como recusación y queja, esta última declarada infundada. Ej. 07 de setiembre de 1961.

En ese contexto podemos apreciar que el tipo penal contenido en el artículo 354° del Código Penal de 1934 no varía mucho el contenido prescrito en el artículo 418° del Código Penal vigente, el cual lo tipifica como un delito de comisión instantánea; sin embargo, la citada jurisprudencia nos señala que en esa época no procedía la denuncia por el delito de prevaricato a procesos en trámite, debiendo esperar la parte agraviada a que concluya el proceso judicial, lo cual se vería igualmente incierto, por cuanto como se observa de la Ejecutoria del 07 de setiembre de 1961, tampoco procedía si en el proceso judicial pertinente

no se había declarado el acto de prevaricato en que hubiere incurrido el magistrado, por lo que la sanción al magistrado que hubiera incurrido en el delito de prevaricato en esta época resultaba dudosa.

### 3.4. Código Penal de 1991

Finalmente, mediante Decreto Legislativo N° 635, de fecha 08 de abril de 1991, se aprobó el Código Penal (vigente), el cual tipifica el delito de prevaricato en la Sección II, del Capítulo III, sobre Delitos Cometidos contra la Administración Pública, artículos 418, 419°, 420°; y, 421°.

Siguiendo la tendencia legislativa heredada desde hace siglos, tenemos la tipificación descrita en el vigente Código Civil de 1991, la cual hace punibles la conducta efectuada por el juez o el fiscal que dicta resolución o emite dictamen contrario al texto de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes inexistentes o derogadas; cuando declara la detención maliciosa e inmotivada de una persona, y cuando conoce un proceso que anteriormente patrocinó como abogado; asimismo, se sanciona al abogado que asume la defensa de la parte contraria al proceso que estaba patrocinando.

## IV. DELITO DE PREVARICATO EN EL CÓDIGO PENAL – DECRETO LEGISLATIVO N° 635

Respecto al delito de prevaricato, el artículo 418° del Código Penal vigente establece:

### Artículo 418.- Prevaricato

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

El fundamento de su represión reside en cautelar la correcta administración de justicia, con la finalidad de que el juez o fiscal ejerza las facultades con las que fue investido dentro de los límites que le imponen los deberes generales y específicos propios del ejercicio del cargo. De tal manera, el prevaricato se presenta como un delito especial de infracción del deber, por cuanto requiere una condición especial de autoría, es decir, que el sujeto activo sea un juez o fiscal, en cualquiera de sus niveles, sea titular o provisional.

En relación a la conducta típica, el legislador ha establecido explícitamente los supuestos de infracción a la correcta administración de justicia, los cuales se presentan como modalidades prevaricadoras. Estos supuestos configuran como un tipo alternativo que opera de manera independiente. La primera modalidad prescribe a lo que en doctrina se denomina “prevaricato de derecho”, que se materializa cuando el juez o fiscal “dicta resolución o emite

dictamen manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley”; la segunda modalidad hace mención al “prevaricato de hecho y por introducción de pruebas inexistentes”, la que se presenta si “cita hechos falsos o pruebas inexistentes”; y la tercera modalidad consiste en la “prevaricación por insubsistencia normativa”, que se presenta cuando “se apoya en leyes supuestas o derogadas”. Conforme a lo señalado por el *Diccionario de la Real Academia Española*, la palabra supuesta significa: “Considerado real o verdadero sin la seguridad de que lo sea”. En este sentido, este tipo penal se configura cuando el juez o fiscal motiva sus resoluciones basándose en leyes inexistentes o derogadas.

Estas modalidades prevaricadoras quebrantan el Estado de Derecho, defraudando los principios que convergen de la recta administración de justicia. En este sentido, la primera modalidad se refiere a la transgresión de una norma inequívoca, esto es, de una norma cuya interpretación no otorga márgenes de dudas, criterios u opiniones diversas; la segunda modalidad supone falsear la verdad mediante la introducción ilegal de pruebas inexistentes, que no fueron ofrecidas, admitidas o actuadas durante el proceso, o afirmando la existencia de hechos que no se desprenden de los medios de prueba que obran en el expediente, y la tercera modalidad revela una defraudación de la expectativa que tiene la sociedad en el sistema de administración de justicia, específicamente en la confianza depositada en el juez y el fiscal, de quienes se espera aplicarán la ley vigente al caso concreto.

En el aspecto subjetivo se requiere la concurrencia de una actuar “doloso”, por lo que se exige que el juez o fiscal sea consciente de que la decisión tomada se encuentra fuera de los márgenes de la correcta aplicación del derecho que conoce, que se fundamente en la valoración de pruebas inexistentes o hechos falsos, o en la aplicación de una ley no vigente o inexistente en el ordenamiento jurídico (elemento cognitivo) y que su voluntad esté dirigida a la realización de ese tipo penal (elemento volitivo).

#### **Detención ilegal**

Artículo 419.- El Juez que, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o preso, que debió decretar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

El fundamento punitivo de este tipo penal reside en cautelar la legalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional y la confianza pública en el juez, de quien se espera la correcta aplicación de la Constitución y de las leyes que de ella emanan; sin embargo, también se busca —específicamente— prevenir que los ciudadanos vean restringido su derecho a la “libertad” como consecuencia del ejercicio ilegal y arbitrario de las funciones jurisdiccionales; en tal sentido, estamos frente a un delito pluriofensivo, que reviste especial gravedad, no solo porque implica un quebrantamiento del deber funcional del juez, sino también una grave afectación de la libertad personal.

Para la configuración del tipo penal se requiere que los hechos denunciados se adecuen materialmente a los componentes típicos descritos en la norma penal; en este sentido, el primero consiste en la “condición del autor cualificado”; es decir, que el agente delictivo sea un “juez” de cualquier grado o instancia, que tenga competencia para ordenar la detención contra una persona o para otorgar o conceder la libertad al detenido o preso. Por su parte, el comportamiento típico, como segundo elemento, está definido por dos verbos rectores que se configuran independientemente, que importan la existencia de dos modalidades delictivas que configuran el ilícito denunciado. La primera modalidad consiste en que el agente “ordene la detención de una persona, de manera maliciosa o sin motivo legal”; en tanto la otra consiste en que “no otorgue —de manera maliciosa o sin motivo legal— la libertad de un detenido o preso, que debió decretar”.

La primera modalidad consiste en una conducta comisiva por la cual el tipo exige que el juez ordene la detención de una persona sin cumplir las disposiciones constitucionales y legales que habilitan tal detención, la misma que surge como un acto netamente arbitrario y carente de sustento legal o fáctico, vulnerando el principio constitucional que señala que “nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”,<sup>5</sup> cuando no se cumple con las formalidades de procedimiento establecidas en la ley procesal penal, o cuando el juzgador imponga una pena privativa de libertad, a pesar de que no se encuentra prevista como sanción del delito.

La segunda modalidad se refiere a una conducta omisiva del juez, coligada su obligación legal de decretar la libertad de un ciudadano que se encuentra detenido o preso, y que independientemente del caso concreto haya logrado su libertad. La conducta se configura cuando la detención legítima deviene en ilegítima, ya sea, por ejemplo, cuando el inculpado ha cumplido el plazo máximo de detención y se le mantiene en ese estado de manera maliciosa, negligente o sin justificación legal alguna, o cuando el juez no cumpla con ordenar la libertad de un preso, en virtud de lo dispuesto por una sentencia recaída en un proceso de hábeas corpus.

Respecto al aspecto subjetivo se requiere de la concurrencia de un actuar “doloso” del magistrado, es decir, de una determinada relación psicológica entre el agente y su obra, en la que se exige que el juez sea consciente de que la decisión de ordenar la detención o la de no otorgar la libertad inmediata a un detenido o preso no se encuentra ajustada a lo establecido en la ley (elemento cognitivo), y que su voluntad esté dirigida a realizar el tipo legal, en base a dicho conocimiento (elemento volitivo).

<sup>5</sup> Artículo 2º, inciso 24, literal “f” de la Constitución Política del Perú.

Cabe mencionar que en ambos casos se requiere de un elemento adicional para la configuración del tipo penal, esto es, el carácter malicioso o la ausencia de motivo legal; este elemento destaca aún más la arbitrariedad de la detención del ciudadano por ser contraria a la razón, a la ley y al correcto desenvolvimiento a las funciones jurisdiccionales.

#### **Prohibición de conocer un proceso que patrocinó**

Artículo 420.- El Juez o Fiscal que conoce en un proceso que anteriormente patrocinó como abogado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

El delito de prevaricato en la submodalidad de prohibición que tiene un juez o fiscal, en cualquier grado, de conocer el proceso que patrocinó como abogado se encuentra previsto en el artículo 420° del Código Penal. El fundamento de represión de este tipo penal reside en garantizar el adecuado ejercicio de la actuación funcional de los magistrados, así como resguardar la objetividad e imparcialidad de los mismos frente a los procesos que son de su conocimiento, en los cuales deben actuar con un criterio de conciencia que no debe ser contaminado por un juicio previo que pudiera tener sobre el caso bajo su análisis.

Para la realización material del tipo penal se requiere que los hechos incriminados se adecuen a los componentes típicos previstos; así el *primer elemento* del injusto hace mención a la “condición de autor cualificado”; es decir, que el agente delictivo debe ser un “juez” o “fiscal”, en cualquier de sus instancias o niveles, titular o provisional (delito especial); y el *segundo elemento* consiste en la “conducta típica material”, la cual se materializa cuando el autor cualificado “conoce un proceso que anteriormente patrocinó como abogado”.

El comportamiento típico se encuentra definido por el verbo rector *conocer*, cuyo significado, conforme a lo señalado por el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, se refiere a “entender en un asunto con facultad legítima para ello”; en este sentido, la configuración material de la conducta punible denota, primero, que el sujeto activo en el ejercicio de sus funciones se encuentre conociendo un proceso judicial o un caso en la fiscalía; y segundo, que el sujeto activo haya intervenido anteriormente en el mismo proceso judicial o investigación fiscal, patrocinando como abogado a una de las partes.

En el *aspecto subjetivo* se requiere imperativamente un actuar “doloso” del agente, por lo que se exige que el juez o fiscal tenga conocimiento de que con anterioridad patrocinó, como abogado defensor, a una de las partes procesales del caso que está conociendo en el ejercicio de sus funciones como magistrado (elemento cognitivo), y que pese a ello su voluntad esté dirigida a realizar el tipo legal (elemento volitivo). En este sentido, la ausencia de este elemento doloso es un factor determinante, por cuanto hace devenir en atípica la conducta, careciendo de relevancia jurídico-penal la conducta material.

### **Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial**

Artículo 421.- El abogado o mandatario judicial que, después de haber patrocinado o representado a una parte en un proceso judicial o administrativo, asume la defensa o representación de la parte contraria en el mismo proceso, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Conforme se ha venido regulando desde la antigüedad, este artículo prohíbe al abogado o mandatario legal patrocinar en un mismo proceso judicial o administrativo a ambos sujetos o partes procesales, ello con la finalidad de cautelar la adecuada administración de justicia, por posibles actos de corrupción y falta de los principios de la ética y secreto profesional que deben cautelar los abogados con respecto a sus patrocinados.

Como sujetos activos, el legislador ha previsto al abogado así como al mandatario legal, de modo que una persona tiene el poder para representar a otra en determinado acto o juicio.

El prevaricato es un delito “doloso” por cuanto el actor tiene conocimiento de que está representando a la parte contraria a la que patrocinó o representó en el mismo proceso administrativo o judicial.

Finalmente, a modo de resumen, se puede señalar que desde las primeras civilizaciones europeas hasta las actuales legislaciones se ha castigado y reprimido el delito de prevaricato, el cual ha ido variando a lo largo del tiempo, adoptando la forma, aplicación e interpretación que actualmente tiene. Con este tipo penal se ha castigado tanto al abogado que traiciona a la parte que representa, coludiéndose con la otra parte para favorecerla, como a los administradores de justicia que contravienen la ley a efectos de favorecer a una de las partes. En este proceso evolutivo, el Perú es parte, procurándose en la actualidad la correcta aplicación del derecho al caso concreto, sancionándose los actos de corrupción que pudieran perturbar la administración de justicia.

## **V. CONCLUSIONES**

Un Estado de Derecho es aquel en el que se respeta la Constitución Política y las leyes que de ella emanan, con la finalidad de mantener la paz social. En este proceso es vital la labor que desempeñan los magistrados jueces y fiscales, de cualquier nivel o jerarquía, quienes deben actuar con ética en todas las funciones que desempeñan, debiendo aplicar en las resoluciones que emiten la ley que corresponde al caso concreto y fundando sus decisiones en los pruebas que obran en el expediente, a efectos de cautelar la correcta administración de justicia; caso contrario, el daño que efectúan al Estado, a las partes y la sociedad es enorme, generando incertidumbre jurídica y el desprestigio de la entidad a la que representan.

Ante estos actos, el delito de prevaricato que ha estado presente desde las primeras culturas de la humanidad sirve como un freno ante acciones de los magistrados que dicten resoluciones o emitan dictámenes contrarios al texto expreso y claro de la ley, citen pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoyen en leyes supuestas o derogadas, sancionando esta acción dolosa, conforme al Código Penal vigente, con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Resulta, pues, deber y obligación de todos los magistrados ajustar sus acciones al marco legal vigente, de conformidad con las facultades que les han sido conferidas.

### BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- *Exposición comentada y comparada del Código Penal de 1863*. Arias José Viterbo, 1898.
- Taramona H., José R. *Código Penal de 1924 concordado*. Lima: Jamse Editores S. A., 1980.
- Espino Pérez, Julio D. *Código Penal de 1924 concordado*. Lima: Importadora Sevillano, 1982.
- Ley N° 4868, de 11 de enero de 1924.
- Ley N° 4460, de 30 de diciembre de 1921.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. España: Espasa Calpe, 2001.

### REFERENCIAS

- Ferrer Barquero, Ramón. *El castigo del juez injusto. Un estudio de derecho comparado*. Miami, Florida: Centro para la Administración de Justicia, 2003. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/60E3C859078F4B9205257A7C005BE1A3/\\$FILE/monograph8.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/60E3C859078F4B9205257A7C005BE1A3/$FILE/monograph8.pdf)

Recibido: 3/10/2016  
Aprobado: 24/10/2017