



Prevaricato de derecho

Sumilla. El funcionario prevaricador se aparta del tenor literal del precepto o efectúa una aplicación normativa sujeta a criterios interpretativos manifiestamente extravagante e irrazonable, incompatible con el texto mismo de la norma, lo que no implica la sanción de errores en la interpretación o negligencia en el manejo de criterios por parte de los sujetos.

SENTENCIA DE APELACIÓN

Lima, catorce de octubre de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de apelación interpuesto por la **representante del Ministerio Público** contra la sentencia del diecinueve de abril de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Penal de Apelaciones con funciones de liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Sullana (foja 188 del cuaderno de debates), que absolvió a Fernando Daniel Hernández Quispe como autor del delito contra la administración de justicia en la modalidad de prevaricato en agravio del Estado.

Intervino como ponente el juez supremo **Brousset Salas**.

FUNDAMENTOS DE HECHO

IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

Primero. Conforme con el requerimiento acusatorio del diecisiete de julio de dos mil diecisiete (foja 2 del cuaderno de debates), el hecho incriminado refiere:

1.1. Al encausado Fernando Daniel Hernández Quispe, en su condición de fiscal provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Sullana, le fue asignada la Carpeta Fiscal N.º 425-2014, seguida contra Humberto Armando Rodríguez Cerna, por la presunta comisión del delito de pánico financiero



en agravio de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Sullana S. A.

- 1.2. En el desarrollo del proceso penal generado en la citada carpeta fiscal, el encausado emitió la Disposición Fiscal de Archivo N.º 04-2014 del siete de julio de dos mil catorce, mediante la cual dispone: “No procede formalizar ni continuar investigación preparatoria contra Humberto Armando Rodríguez Cerna, por la presunta comisión del delito de pánico financiero en agravio de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Sullana S. A.”.
- 1.3. Para tal fin, indicó que el delito de pánico financiero se consumaba con el retiro masivo de dinero, supuesto con el cual habría contravenido el texto claro del primer párrafo, del artículo 249, del Código Penal.

Segundo. El titular de la acción penal calificó los hechos descritos en lo normado en el artículo 418 del Código Penal, que regula el delito contra la administración de justicia en la modalidad de prevaricato.

DELIMITACIÓN DEL RECURSO IMPUGNATORIO

Tercero. La representante del Ministerio Público postuló recurso de apelación conforme con el escrito formalizado el veintiséis de abril de dos mil dieciocho (foja 204 del cuaderno de debates) y solicitó se declare la nulidad de la sentencia recurrida ante la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la Constitución, al existir una motivación aparente respecto a la falta de medios probatorios idóneos. Los agravios esgrimidos fueron los siguientes:

- 3.1. De los considerandos propios de la disposición cuestionada se advierte que el encausado analiza el tipo penal desde la perspectiva de un delito de resultado, pese a que incluye textualmente la norma penal contenida en el vigente artículo 249 del Código Penal, lo que denota una apreciación personal del



mismo y no un simple error al aplicar una cita bibliográfica desfasada.

- 3.2.** Si bien el procesado hace referencia a “la doctrina nacional”, ello correspondería a una apreciación personal del mismo, al no precisar cuál sería esa doctrina nacional que considera al delito de pánico financiero como un delito de resultado.
- 3.3.** El órgano jurisdiccional acepta expresamente que el fiscal procesado consideró indebidamente el delito de pánico financiero como un delito de resultado; por consiguiente, su conducta es típica y configura delito de prevaricato.
- 3.4.** No se valoró la prueba incorporada y erróneamente se consideró que el Ministerio Público no aportó prueba idónea cuando en realidad se postularon instrumentales que permiten acreditar que el acusado tenía pleno conocimiento de la ley a aplicar: **i.** La resolución fiscal de archivo. **ii.** La denuncia de parte interpuesta por la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Sullana contra Humberto Armando Rodríguez Cerna, por el delito de pánico financiero. **iii.** El escrito presentado por el representante de la Caja de Ahorro de Sullana S. A., del veintitrés de junio de dos mil catorce, por el cual solicita se tenga presente que el delito de pánico financiero no se consuma con el resultado del retiro masivo de fondos, sino con el peligro de retiro masivo de fondos.
- 3.5.** La disposición fiscal en cuestión afecta la predictibilidad de las decisiones fiscales, así como la obligación de los magistrados concedores del derecho de aplicar la norma debida.

Cuarto. La impugnación postulada fue concedida mediante auto del veintisiete de abril de dos mil dieciocho (foja 216 del cuaderno de debates). Se dispuso elevar los actuados a esta instancia suprema.

PROCEDIMIENTO EN SEDE SUPREMA

Quinto. Esta Sala Penal Suprema emitió el auto de calificación del diecinueve de octubre de dos mil dieciocho (foja 51 del cuaderno supremo), por el cual se declaró bien concedido el recurso de apelación y se corrió



traslado a las partes procesales para que ofrezcan medios probatorios, de conformidad con lo normado en el numeral 2, del artículo 421, del Código Procesal Penal. Transcurrido el plazo otorgado no se ofrecieron medios de prueba.

Sexto. Instruidas las partes sobre la admisión del recurso, conforme emerge de los cargos de notificación (foja 64 del cuaderno supremo), se emitió el decreto del veintiséis de agosto de dos mil veintiuno (foja 92 del cuaderno supremo), que señaló el veintitrés de septiembre del mismo año como fecha para la audiencia de apelación.

Séptimo. Desarrollada la audiencia en sesiones continuadas mediante el aplicativo Google Meet, se celebró de inmediato la deliberación de la causa. Llevada a cabo la votación y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia de apelación mediante el aplicativo tecnológico señalado, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Principio de legalidad. La ley como fuente principal del derecho penal

Primero. El principio de legalidad penal se erige en una auténtica garantía de estándar constitucional, y reconocimiento internacional, de los derechos fundamentales; así como, en un criterio rector en el ejercicio del *ius puniendi* en un estado de derecho, bajo el apriorismo “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*”. Lo que se condice con el sistema jurídico al que nos encontramos adscritos (*civil law*). De aquí que la ley se configura en la principal fuente del derecho.

A nivel nacional, corresponde remitirnos a lo normado en el artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución Política del Perú, según el cual: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.



Segundo. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos.

Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica¹.

Tercero. Además, este principio encuentra correlato en el despliegue y ejercicio de la función pública, de aquí que la interdicción de la arbitrariedad rige. El comportamiento funcional se encuentra delimitado, solo puede realizar lo expresamente permitido de acuerdo a ley.

La restricción a la libertad funcional es la regla; la libertad funcional es la excepción².

Consideraciones respecto al delito de prevaricato

Cuarto. El tipo penal de prevaricato regulado en el artículo 418 del Código Penal establece, en lo pertinente: “El fiscal que [...] emite dictamen, manifiestamente contrario al texto expreso y claro de la ley [...] será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco”.

¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N.º 3644-2015-PHC/TC, del seis de marzo de dos mil dieciocho. Fundamento jurídico 8.

² SALA PENAL TRANSITORIA. Casación N.º 684-2016/Huaura, del ocho de noviembre de dos mil dieciocho. Fundamento jurídico 6.3.



De conformidad con la descripción normativa reseñada se advierte que el fundamento de la punición se erige en la salvaguarda del cumplimiento de los actos funcionales referidos a la administración de justicia, de cara a las expectativas de los miembros de la sociedad.

El bien jurídico protegido es la administración de justicia, porque las conductas que se castigan afectan a lo que constituye el núcleo central de la función jurisdiccional en su sentido más estricto, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado³. De esta forma solo son típicas las conductas que generen un riesgo prohibido intolerable al bien jurídico protegido, debiendo quedar la sanción de conductas que no sobrepasen este baremo axiológico para el derecho administrativo u otras formas de control social⁴.

Quinto. Este tipo penal se erige en un delito especial propio, como tal únicamente puede ser cometido por quien ostente la calidad de juez o fiscal dada su capacidad de emitir pronunciamientos y adoptar decisiones en el contexto de un proceso. De conformidad con ello, el objeto sobre el que recae la conducta delictiva lo constituye una resolución, tratándose de un juez, o un dictamen, en caso del fiscal.

El delito de prevaricato es un delito complejo, en la medida que precisa más de un verbo rector⁵, de aquí que se acojan tres conductas típicas o modalidades delictivas: **i.** Dictar una resolución manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley. **ii.** Citar pruebas o hechos falsos. **iii.** Apoyarse en leyes derogadas o supuestas.

Sexto. En cuanto al primer supuesto, objeto del presente análisis, se debe entender por texto expreso al contenido claro, patente y especificado⁶, de aquí que resulta sustancial para la configuración

³ GONZÁLEZ RUS, Juan José; citado por Edgardo Donna en *Derecho penal. Parte especial*, p. 415.

⁴ SALA PENAL TRANSITORIA. Casación N.º 684-2016/Huaura, del ocho de noviembre de dos mil dieciocho, fundamento jurídico 10.2.

⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2006, p. 309.

⁶ *Diccionario de la lengua española*. Edición del Tricentenario. Actualización 2020.



típica de esta modalidad delictiva: prevaricato de puro derecho, que la ley objeto del pronunciamiento prevaricador sea autosuficiente, esto es, que la aplicación de sus alcances se limite, entre los diversos métodos de interpretación normativa, al método literal.

El funcionario prevaricador se aparta del tenor literal del precepto o efectúa una aplicación normativa sujeta a criterios interpretativos manifiestamente extravagante e irrazonable, incompatible con el texto mismo de la norma, lo que no implica la sanción de errores en la interpretación o negligencia en el manejo de criterios por parte de los sujetos.

Séptimo. De aquí que a nivel subjetivo este tipo penal es de carácter eminentemente doloso; no admite la culpa.

Al respecto, esta Corte Suprema ha precisado que el dolo en la configuración del delito de prevaricato en un plano subjetivo no se prueba, se atribuye o imputa al agente penal, en atención a criterios de referencia sociales asumidos por el derecho penal⁷.

Análisis del caso concreto

Octavo. Convoa al presente pronunciamiento la pretensión impugnatoria nulificante formulada por el representante del Ministerio Público, al amparo de lo normado en el artículo 150, literal d, del Código Procesal Penal, por considerar que la sentencia recurrida del diecinueve de abril de dos mil dieciocho, contiene una motivación aparente respecto a la falta de medios probatorios idóneos para establecer la conducta incoada (prevaricato) contra el encausado Fernando Daniel Hernández Quispe, lo que representaría la trasgresión del derecho al debido proceso penal.

Noveno. Merece precisar que la garantía de debida motivación de las resoluciones importa que los órganos judiciales expresen las razones

⁷ Así los recursos de apelación números 13-2018/Loreto, 6-2018/Ayacucho y 9-2017/Sullana.



objetivas que lo llevaron a tomar una determinada decisión. Garantía normada en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Perú, que establece como exigencia que las resoluciones judiciales en todas las instancias –con excepción de los decretos de mero trámite– deban contener mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Conforme con la jurisprudencia establecida, está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico⁸.

De conformidad con ello y en el marco de las facultades conferidas a este Tribunal Supremo, en mérito al recurso de apelación de ciernes, corresponde evaluar si la recurrida, en efecto, presenta un defecto en la motivación que sustenta la absolución del encausado Hernández Quispe en el proceso penal seguido en su contra por el delito de prevaricato.

Décimo. Fluye de autos que la Sala Superior sustentó su pronunciamiento absolutorio en establecer que la disposición fiscal presuntamente prevaricadora citó correctamente el tipo penal conforme con el texto vigente a la fecha de los hechos; no obstante, en su función de fiscal provincial no supo distinguir en forma clara entre un delito de resultado y un delito de peligro con respecto al texto del artículo 249, primer párrafo, del Código Penal. No obstante, el delito de prevaricato es eminentemente doloso y se advierte que el acusado recurrió a lo que definió como “doctrina nacional” para

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N.º 0843-2013-PHC/TC, del veinte de noviembre de dos mil catorce. Fundamento jurídico 10, literal a.



sustentar su postura e, inclusive, en la nota al pie de la página N.º 1 hace una cita al texto del jurista Luis Fernando Iberico Castañeda. En ese sentido, refiere que el acusado erró en la doctrina aplicable al tipo penal *sub litis*; por lo que actuó con negligencia en el ejercicio de sus funciones al no haber realizado un adecuado estudio de la doctrina. Sin embargo, el tipo penal de prevaricato no abarca la aplicación de doctrina errada; además, no todo error en este contexto puede ser considerado un hecho punible. Agregó que el Ministerio Público no promovió la actuación de medios probatorios idóneos para demostrar en forma fehaciente la concurrencia del dolo en la conducta del acusado.

Decimoprimer. Según requerimiento acusatorio, la presunta conducta prevaricadora desplegada por el encausado Hernández Quispe nos remite a evaluar el contenido de la Disposición de Archivo N.º 04-2014, del siete de julio de dos mil catorce, emitida en la Carpeta Fiscal N.º 425-2014, la misma que representaría la manifiesta contravención al texto expreso del artículo 249 del Código Penal, por cuanto analizó el tipo penal de pánico financiero como un delito de resultado y no de peligro, conforme establece la norma.

La postulación inculpativa refiere la configuración de un prevaricato de puro derecho, el que implica la negación plausible del contenido claro de la ley, sobre la base de criterios de interpretación ilógicos e irrazonables, pese a la claridad y autosuficiencia de la disposición normativa, basados en consideraciones personales sin sustento ni respaldo alguno y únicamente dirigidos a negar el sentido específico del texto legal.

Decimosegundo. Del estudio de la disposición fiscal objeto de controversia y conforme con lo debatido en la audiencia de apelación, se constituye en un hecho no controvertido que el encausado



Hernández Quispe citó de manera adecuada y correcta la norma aplicable al caso concreto, la cual reza:

El que a sabiendas produce alarma en la población propalando noticias falsas atribuyendo a una empresa del sistema financiero, a una empresa del sistema de seguros, a una sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, a una administradora privada de fondos de pensiones u otra que opere con fondos del público, cualidades o situaciones de riesgo que generen el peligro de retiros masivos de depósitos o el traslado o la redención de instrumentos financieros de ahorro o de inversión.

Conforme con la modificación contenida en el artículo único de la Ley N.º 27941, publicada el veintiséis de febrero de dos mil tres (véase considerando 6 de la disposición fiscal *sub litis*).

No obstante, se verifica que reglón seguido el encausado procede a evaluar los elementos objetivos del delito y precisa que la configuración típica de este exige la verificación de retiros masivos de dinero, esto es, de un resultado específico para su sanción penal, para concluir en ello, el encausado glosó la cita de un autor nacional (Luis Fernando Iberico Castañeda: *El delito de pánico financiero*, conforme pie de nota número 1) de la cual, se advierte, resulta errada en su aplicación para el caso concreto y, por el contrario, se condice con el análisis del texto original del tipo penal de pánico financiero cuya configuración nos remitía, en efecto, a un delito de peligro concreto:

El que produce alarma en la población mediante la propalación de noticias falsas, **ocasionando retiros masivos** de depósitos de cualquier institución bancaria, financiera u otras que operan con fondos del público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Decimotercero. Es pertinente precisar que el principio de lesividad reviste especial importancia en el ámbito del derecho penal, por el cual la pena precisa, necesariamente, de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley.

Los delitos de peligro, a diferencia de los delitos de lesión –en los que el objeto del delito es directamente afectado por la conducta delictiva– pueden



definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar, sea cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión (peligro concreto) o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido (peligro abstracto)⁹.

De conformidad con ello, el peligro concreto nos remite a la infracción constituida por una acción que produce una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico¹⁰, ergo, demanda un resultado como elemento constitutivo del tipo penal; mientras que el peligro abstracto nos remite a una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico¹¹.

El delito de pánico financiero ha sido objeto de modificaciones legislativas de cara a su incidencia fáctica. En sus inicios se erigió en un delito de peligro concreto, cuya configuración típica exigía la verificación de un resultado lesivo; no obstante, el legislador optó por ampliar sus alcances y adelantar las barreras de protección punitiva de estas conductas, excluyendo la materialización de un efectivo retiro masivo de fondos y limitándose al peligro de ocasionarlos, con lo cual nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto.

Decimocuarto. Se advierte que el encausado, en su calidad de fiscal provincial, efectuó una interpretación inadecuada del alcance

⁹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Citado en el Acuerdo Plenario N.º 06-2006/CJ-116, del trece de octubre de dos mil seis. Fundamento jurídico 9.

¹⁰ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general I*. Tercera edición. Lima: Grijley, 2005, p. 784.

¹¹ MEINI, Iván. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 88.



normativo del tipo penal en cuanto a la consideración de este como delito de resultado (peligro concreto); no obstante, ello responde a una conducta negligente en cuanto al uso de las fuentes doctrinarias nacionales; así como en la verificación del escrito postulado por la parte agraviada del veintitrés de junio de dos mil catorce (oralizado en audiencia de apelación de treinta de septiembre de los corrientes), en cuanto al carácter de delito de peligro: concreto y abstracto que el propio tipo penal representó a lo largo de los años, supuesto que no representa *per se* una conducta prevaricadora, pues difiere de aquel supuesto en el que el sujeto, de manera automática, antojadiza, sin respaldo alguno y por propia convicción decide otorgar un sentido distinto al texto expreso de la norma. La ignorancia, error, descuido o negligencia por parte del agente penal no es compatible con la conducta criminal que engloba el delito de prevaricato, por más perjudiciales que resulten¹².

Además debe tenerse en cuenta que la remisión a un concreto retiro de fondos no se constituyó en el único criterio evaluado para concluir en el archivo de los actos de investigación, pues conforme se verifica del fundamento 11 de la disposición *in comento* (oralizada en audiencia de apelación del treinta de septiembre de los corrientes), el razonamiento del encausado también se dirigió a evaluar la estructura subjetiva del delito, el cual exige para su configuración el dolo directo por parte del autor, concluyendo que, en el caso puesto a conocimiento, no concurría por parte del denunciado intención de alarmar a la población ni de provocar una fuga de ahorros, pues se tuvo en cuenta que este habría formulado denuncias contra malos funcionarios de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Sullana lo que se constituyó en el objeto de la información propalada.

¹² Véase lo desarrollado por Ricardo Núñez en: *Tratado de Derecho penal-parte especial*. Volumen II. Tomo V. 1992, p. 14. Citado en Apelación N.º 02-2014/Lambayeque, del dieciséis de septiembre de dos mil catorce. Fundamento jurídico decimosegundo.



Merece precisar que con independencia de si el razonamiento expuesto por el fiscal provincial, ahora encausado, fue correcto o errado en la valoración de los actuados, pues para ello existen los mecanismos impugnatorios respectivos habilitados a las partes del proceso (conforme en efecto se aplicó), ello por sí mismo no permite concluir en la concurrencia de una conducta prevaricadora de puro derecho.

Decimoquinto. Aunado a ello, merece indicar que, contrario a lo expuesto por el recurrente, la Sala Superior consideró en su argumentación la prueba incorporada, tal como la resolución fiscal de archivo, que es justamente la que es objeto de cuestionamiento y ha sido disgregada en el razonamiento desplegado por el Colegiado sentenciador; así como la denuncia de parte interpuesta por la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Sullana S. A. contra Humberto Armando Rodríguez Cerna por el delito de pánico financiero y el escrito presentado por el representante de la Caja de Ahorro de Sullana, del veintitrés de junio de dos mil catorce.

Decimosexto. De conformidad con lo expuesto, se advierte que el razonamiento conclusivo absolutorio expedido por la Sala Superior resulta acorde a derecho, no se verifican vicios en la motivación que vicien su contenido; por lo que la pretensión impugnatoria postulada por el titular de la acción penal corresponde ser descartada y se confirma la recurrida en todos sus extremos.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público.



- II. CONFIRMARON** la sentencia del diecinueve de abril de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Penal de Apelaciones con funciones de liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Sullana (foja 188 del cuaderno de debates), que absolvió a Fernando Daniel Hernández Quispe como autor del delito contra la administración de justicia en la modalidad de prevaricato en agravio del Estado.
- III. DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia pública, se notifique a las partes apersonadas a esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen, se archive el cuaderno de apelación en esta Sala Penal Suprema y se haga saber.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

RBS/ycll