

DOCTRINA

Historia del delito de prevaricación: Origen, desarrollo y recepción en el sistema jurídico chileno

*History of the crime of prevarication: Origin, development and reception
in the Chilean legal system*

Claudio Quintana 

Universidad Alberto Hurtado, Chile

RESUMEN El presente artículo tiene por objetivo abordar el origen y la evolución jurídico-histórica del delito de prevaricación, y cómo este llega a estar contemplado en los artículos 223 y siguientes del Código Penal chileno, tanto en sus hipótesis sustantivas como en sus reglas adjetivas o procesales. Esto con el objeto de dar cuenta de aquellos fundamentos materiales, históricos, sociales y jurídicos que guiaron la elaboración de dicha norma y, por lo tanto, que permitan identificar elementos típicos en la discusión histórica sobre la misma. En este sentido, la presente investigación informa sobre el desarrollo histórico del delito desde su origen en la monarquía romana hasta la codificación penal chilena, centrandó su atención en la relación entre las formas de organización políticas de un periodo jurídico determinado con su relación en la afección al deber de los jueces frente al derecho.

PALABRAS CLAVE Prevaricación, injusto, administración de justicia, evolución jurídica, Código Penal chileno.

ABSTRACT The purpose of this article is to address the origin and legal-historical evolution of the crime of prevarication, and how it came to be contemplated in articles 223 *et seq.* of the Chilean Criminal Code. The above, both in its substantive hypotheses and in its adjective or procedural rules. This in order to account for those material, historical, social and legal foundations that guided the development of this rule and, therefore, to identify typical elements in the historical discussion about it. In this sense, the present research reports on the historical development of the crime from its origin in the Roman monarchy to the Chilean Penal Codification, focusing its attention on the relationship between the forms of political organization of a given legal period with its relationship in the affection to the duty of judges before the law.

KEYWORDS Prevarication, unjust, administration of justice, legal evolution, Chilean Penal Code.

Presentación

El delito de prevaricación ha sido objeto de distintas interpretaciones que demuestran una falta de uniformidad respecto de la figura. Desde ya, clásicamente se ha podido advertir la existencia tanto de una corriente objetiva como subjetiva. Con todo, la falta de uniformidad, a su vez, se observa en la amalgama legislativa que recoge al delito, lo cual importa advertir hipotéticamente que su injusto no se relaciona exclusivamente con la afección de un único supuesto de intereses protegidos por los deberes de los jueces, sino que involucraría la afección de diversos intereses por medio de la transgresión de esos deberes. Para ello, el siguiente artículo tiene por pretensión describir e informar sobre el origen del delito de prevaricación, su desarrollo histórico y su recepción por la legislatura chilena, a fin de demostrar que la historicidad del delito da cuenta de que la forma y contenidos de ella por parte del sistema jurídico es coherente con los sucesos políticos criminales y de reflexión en torno al Poder Judicial que llevaron a esta codificación.

En este sentido, se han seleccionado como periodos históricos aquellos respecto de los cuales la figura tuvo su origen y posterior recorrido hasta la legislación chilena. Por ello, la reconstrucción se ha enfocado en su origen romano y posterior desarrollo a través de la legislación de indias hasta la codificación penal chilena. En este contexto, desde ya es menester advertir que el artículo no pretende una interpretación dogmática del injusto o injustos de las figuras del título V, apartado IV, Libro II del Código Penal a partir del desarrollo histórico de ellas, sino que previamente tiene como fin informar ese desarrollo a efectos de contribuir con etapas y discusiones políticas que expliquen que el sistema de delitos y penas de prevaricación del codificador penal de 1874 es uno motivado por diversos factores que se refleja en el diverso catálogo de figuras y penas. Por ello, se ha elegido como línea histórica aquella que se relaciona con el origen jurídico-occidental de la figura (*perduellio*) hasta su posterior recepción por la legislación chilena, lo que ha implicado su observación y análisis en torno al deterioro del imperio romano de occidente y la posterior estela y evolución del *Liber iudiciorum*, Fuero Juzgo, las Siete partidas, la Constitución de Cádiz y el derecho indiano colonial (particularmente, la recopilación de leyes de indias) que transcurre mediante el reino visigodo, el derecho de la baja edad media y español clásico, el derecho de indias, la colonia y la codificación chilena.

A continuación, el artículo se estructura conforme al desarrollo histórico señalado de la siguiente forma: i) El origen del delito de prevaricación: Roma, monarquía, república e imperio. ii) Recepción y evolución: Imperio visigodo y *Liber iudiciorum*.

iii) Baja edad media y derecho español clásico. iv) La Constitución de Cádiz. v) La Codificación penal española (1822-1848/50). vi) El derecho indiano-colonial e independentista (1598-1818-1874). vii) La codificación penal chilena.

El origen del delito de prevaricación: Roma, monarquía, república e imperio

Una vez asentados los primeros reyes en Roma, tras el asesinato de Remo por parte de su hermano Rómulo (Petit, 1963: 28 y ss.), la vida política en la ciudad se desarrolló conforme a la clase patricia como la de su clientela, todo esto incluso antes de que surgieran los llamados *plebeyos* (Petit, 1963: 30 y 31). En este contexto, al rey le correspondía la dirección total de los ejércitos y la vida política de la ciudad esto es, su *imperium* (Mommsen, 1999: 24 y ss.; Petit, 1963: 31). Dentro de este poder, se encontraba la facultad de *coercitio*, la que consistía en la posibilidad de dirimir conflictos entre los ciudadanos de Roma y extranjeros (Mommsen, 1999: 26). Si bien esta facultad fue mutando a lo largo de la historia, en sus inicios ostentaba un carácter predominantemente militar destinado a mantener el orden de la vida cívica romana, dirigido, entre otras cosas, a la desobediencia (Mommsen, 1999: 26).

Lo característico de la primera época romana era que el rey ostentaba un *coercitio* total, sin otro fundamento que ejercerlo en nombre de una aristocracia patricia proveniente de reyes anteriores (Petit, 1963: 31, 614). Esta facultad era administrada mediante el cargo de los magistrados, quienes actuaban en nombre y representación del rey principalmente en tiempos de paz (Mommsen, 1999: 95 y ss.).

Si bien no existían «leyes» para hacer frente al arbitrio de los magistrados, estos encontraban ciertos límites culturales relacionados con la aristocracia patricia (Petit, 1963: 31). En este contexto, un atentado a estas instituciones sería traicionar a Roma, y por ello una afección a las bases fundamentales de la cohesión social conocida como *perduellio* (Mommsen, 1999: 352). En sus orígenes, los contornos de la *perduellio* eran difusos tal como la misma facultad de juzgar (Mommsen, 1999: 39, 341-342). Por lo que, si bien en los tiempos de la monarquía romana no existía propiamente un delito de prevaricación, el actuar incorrecto de los magistrados podía perseguirse mediante dicho delito (Mommsen, 1999: 347, 352 y siguientes).

Una vez que cayó el último rey de la monarquía romana (Tarquino el soberbio), Roma pasó de un Estado monárquico a uno republicano (Petit, 1963: 34 y ss.). En este contexto, el cargo de magistrado es el crisma de la nueva forma de administración, que en sus orígenes sería dirigida por dos cónsules (Petit, 1963: 34). En esta etapa, donde la magistratura comienza a mutar y descentralizarse, a tal punto de incluir entre sus miembros a la población plebeya (Petit, 1963: 40), a los cónsules les corresponderá la administración legal, administrativa y judicial de la república.¹ Así, de acuerdo a

1. Facultades, que, sin embargo, paulatinamente se irán descentralizando con el transcurrir de la república y el ingreso de plebeyos a las instituciones de poder (Véase Petit, 1963: 39-40).

Mommsen, la administración de justicia, anteriormente facultad de *coercitio*, paulatinamente daría lugar a la responsabilidad de los jueces (Mommsen, 1999: 24-26).

Con todo, el *imperium* se disgregaría en dos facetas: i) La *coercitio*, limitada para ejercerse principalmente en tiempos de guerra como también sobre ciertas personas (Mommsen, 1999: 24-26) y ii) La jurisdicción, que estaría limitada procesalmente dependiendo del tipo de persona sobre la cual se ejerciere, como sobre la materia objeto de conflicto (Mommsen, 1999: 37). En este sentido, sus requisitos dependerían de si se tratase de un asunto público, en el que sería necesaria la intervención de los comicios; como si se tratase de un asunto privado, caso en el que sería necesaria la intervención del jurado (Mommsen, 1999: 4, 24, 37, 95 y ss.). Por tanto, una vez que la *coercitio* comienza a tener límites formales, esta tomará la forma de jurisdicción (Mommsen, 1999: 37-38, 44-45, 95-96, 107 y ss.).

Paulatinamente, y con la descentralización de la facultad de administrar justicia de los cónsules, surgirían los cargos del *pretor* y *iudex* (Petit, 1963: 40, 612). Al primero le correspondería la facultad de decidir la aptitud formal de una pretensión y la relevancia del conflicto (*in jure*) (Petit, 1963: 612). Mientras que al segundo la facultad de dictar sentencia en el mismo (*in iudicio*) (Petit, 1963: 612). El primero realizaría un examen formal sobre la aptitud de la acusación para estar en un proceso, mientras que el segundo dictaría la sentencia.²

En dicho contexto, si bien aparecen límites a la facultad de *coercitio*, y con ello la jurisdicción, la contravención a las leyes —particularmente procedimentales— no daría lugar todavía a un delito en específico. Para este periodo la lesión por parte de la magistratura, o pretores, al derecho, se traducirá nuevamente en una *perduellio*, la que posteriormente integraría a la *lex Cornelia de maiestas* (Mommsen, 1999: 341-342).

Una vez que desaparece la República, dando lugar gradualmente al imperio, los príncipes romanos se investirán de los poderes de las magistraturas, por lo que paulatinamente comenzarán a dictar ordenanzas semejantes a las del pretor y posteriormente las magistraturas se irían reuniendo en el emperador (Petit, 1963: 48 y ss.). Así, en el primer periodo del imperio, correspondería principalmente a los senado-consultos dictar leyes. Esta práctica sería remplazada por las leyes dictadas directamente por el emperador, esto es, por las constituciones imperiales (Petit, 1963: 48 y ss.).

Sin embargo, poco antes de la caída definitiva de la República, el dictador Sila en el año 81 a. C. unificó el sistema de justicia criminal, mediante las *quaestiones-perpetuae* que dieron lugar a un sistema de materias sobre justicia penal pública (Rojas, 2012: 548). Fue relevante la *Lex Cornelia de falsis*, toda vez que en ella es posible identificar

2. Solamente en casos excepcionales correspondería al magistrado dictar sentencia. Toda esta práctica, se modificó con Diocleciano, quien ordenó que fuesen los mismos magistrados quienes dictaran sentencias, dando lugar preferentemente a un sistema *extra-ordinem* (Petit, 1963: 612 y ss.).

una de las primeras hipótesis de responsabilidad de los jueces (Moncayo, 2000: 8). Esta ley en sus inicios se ocupó de las falsedades testamentarias y de monedas (Rojas, 2012: 548). No obstante, con el progreso demográfico de la población, así como los cambios económicos y jurídicos del imperio, las distintas hipótesis incluidas en las Leyes de Sila (entre ellas la *lex Cornelia de Falsis*) fueron ampliándose a supuestos no contenidos en sus formas originales (Moncayo, 2000: 3 y ss.). Esta forma de ampliar el contenido jurídico de una ley, tuvo lugar —como se dijo— mediante la figura de los senado-consultos. Posterior a la reforma del sistema por las *quaestiones-perpetuae*, el proceso penal se sometió a una reorganización que se cristalizó en las Leyes de *iudiciorum publicorum* y *iudiciorum privatorum*.³ Con el trascurso del tiempo la forma de concebir los procedimientos en fórmulas dio paso a un conocimiento cada vez más especializado, dando preferencia a un sistema *extra-ordinem*, coincidiendo con el origen de las constituciones imperiales (Petit, 1963: 48-50, 637).

En este sentido, es posible identificar la primera hipótesis de prevaricación. Informa la *lex Cornelia de falsis*, Digesto Libro 48, título 10, Ley 1, apartado 3, que sería castigado conforme a las penas de *falsis*, esto es, con la pena de *interdictio aquae et igni* (Moncayo, 2000: 8), el juez que fallare contra las constituciones imperiales. A propósito de lo anterior, se debe destacar que la premisa no se encontraba en los supuestos originales de la ley, pues aparece gracias a la información de la *intitutio* de Marciano Libro XIV.⁴

Además de conocerse este caso de prevaricación, aparecen otros dos supuestos en el Digesto.

1. Digesto Libro 47, título XV, que llevaba por rúbrica «de la prevaricación». En este caso, señala en su primera ley respaldada por Ulpiano que la prevaricación era el que apoyaba sus pies en dos partes, esto es, ayudando a la parte contraria haciendo traición de su propia causa. Lo que recuerda más bien a la prevaricación del abogado.
2. Digesto Libro 48, título XI, Ley 3, que se refiere a una hipótesis de prevaricación-cohecho, castigando por la Ley Julia de consunciones, al juez que hubiese recibido dinero para juzgar o decretar (Ramos, 2000: 77).

3. Suelen aparecer como leyes dictadas por Augusto (Cayo Octavio), hijo adoptivo de César, y el primer emperador de Roma, expresamente para reformular el sistema de *quaestiones-perpetuae* (Fernández, 2017: 92 y ss.). No obstante, para Mommsen, ellas corresponden a César antes que Augusto (Mommsen, 1999: 90).

4. Digesto Libro 48, título 10, Ley 1, apartado 3: «Marciano, instiuta, Libro XIV»; Sobre las instituciones (Petit, 1963: 61 y ss.).

Recepción y evolución: Imperio visigodo y *Liber iudiciorum*

Una vez caído el imperio romano de occidente en el año 576 d. C, los pueblos que lo conformaban se diversificaron en el continente europeo. En este contexto, el imperio visigodo se trasladó desde Toledo hacia la península ibérica (Silva, 1982: 292). La importancia de estudiar la evolución jurídica del delito de prevaricación, a partir de este pueblo, radica en que ellos fueron elementales en el desarrollo de la legislación romana, una vez caído el imperio romano de occidente (Silva, 1982: 292).

Así, el reino visigodo unificó territorial y jurídicamente a los habitantes de la península ibérica, permitiendo la igualdad entre hispano-romanos y visigodos, además del matrimonio entre ambos pueblos. En este contexto, el reino se convirtió al cristianismo con la conversión del rey Recaredo. Luego, su hijo Rescesvinto, en un acto de consolidación de soberanía, promulgó en el año 654 el *Liber iudiciorum*, siendo este una compilación de diferentes leyes —dictadas particularmente por Rescesvinto— las que integraban el Derecho romano y legislación germana (Silva, 1982: 292).

En términos de administración de justicia, el *Liber iudiciorum* establecía claramente que el depositario de la justicia era el rey, y que los demás agentes actuaban por delegación de este (Gallegos, 2015: 38-39).⁵ Así, en la época toledana del reino, la administración de justicia se diversificó en determinados agentes, estos eran el *dux*, el *comes* y el *iudex*.⁶ Se constituyó la jurisdicción de la siguiente forma: al rey, para todo el territorio del reino; al duque, en la provincia que gobernaba; al conde, en el territorio de su competencia y al juez local en su circunscripción (Gallegos, 2015: 39-44).

Pese a que la administración de justicia recaía en el rey, es preciso señalar que en aquel contexto su poder territorial se encontraba, a su vez, vinculado al poder espiritual del pontífice (Teoría de las dos espadas) (Hubeñak, 2014: 114; Sánchez-Arcilla, 1980: 14). Siendo relevante lo anterior, pues, aun cuando el rey ejercía su poder territorial en el reino, dicho poder debía someterse a los dictámenes del poder espiritual, impactando directamente en la jurisdicción (Marongiu, 1963: 700-707). A tal punto que, ante la ausencia de un rey temporal, era el pontífice el que reemplazaba la administración y la jurisdicción del reino transitoriamente, hasta al advenimiento de un nuevo rey (*iudex in temporalibus in subsidium*) (Marongiu, 1963: 709).

En este contexto, el *Liber iudiciorum* establecía tres hipótesis de prevaricación: i) en el Libro II, título 2, Ley 19, que señalaba que recibiría las penas de azotes el juez que por ignorancia (tuerto) o a sabiendas juzgara contra la verdad,⁷ ii) en el Libro VII, título IV, Ley 5, donde se castigaba al juez que condenase a muerte a un inocente,

5. Fuero Juzgo, Libro II, título 1, Ley 13.

6. Fuero Juzgo, Libro II, título 1, Ley 25.

7. Fuero Juzgo, Libro II, título II, Ley 19.

con la pena de muerte,⁸ y iii) la Ley 6 (mismo Libro y título), la cual establecía que el juez no debía perdonar a los delincuentes ni por miedo ni por amor, so pena de compensar el daño causado.⁹

Además de los supuestos anteriores, el Fuero Juzgo también consagraba una hipótesis de prevaricación «denegación y retardo de justicia», en el Libro II, título I, Ley 18, la cual establecía que si el juez frente a una querrela no le daba curso y la parte querellante lograba demostrar esto mediante testigos, el juez debía pagar a esa parte todos los gastos en los que hubiese incurrido.¹⁰

Baja edad media y derecho español clásico

En el contexto de la invasión musulmana en la península ibérica, no encontramos nuevos registros del delito de prevaricación.¹¹ En este periodo las fuentes del derecho estuvieron cubiertas por determinadas prácticas del pueblo español, como la institución de los fueros, siendo el Fuero Juzgo la fuente formal por excelencia (Peña, 1982: 298).

Luego de la expulsión musulmana de la península ibérica, y gracias a la unificación de la corona de León y Castilla por Fernando III el Santo, jurídicamente el reino vivió un momento de solidez, que se inició traduciendo el Fuero Juzgo al español (Peña, 1982: 298). En este contexto, las referencias al delito de prevaricación continuaron. Tras la muerte del rey Fernando III, y la asunción de su hijo Alfonso X el Sabio, este delito vuelve reaparecer en las Siete Partidas.¹²

A diferencia de la época visigoda, donde la potestad del rey estaba sometida al poder espiritual del pontífice, en este periodo dicho fenómeno se transforma radicalmente. En efecto, bajo la recepción de los textos del derecho romano, los glosadores descubrieron que el poder del rey no estaba sometido a ninguna jurisdicción superior, sino que, por el contrario, este era la persona en el que se acumulaban todos los poderes del reino, entre ellos el de resolver conflictos, dictar leyes y de administrar justicia, sin tener otro límite que su voluntad propia. Discutiéndose si este poder era de naturaleza ascendente o descendente y, además, cómo debía formalizarse para que fuese legítimo, siendo esto la antesala de ideas ilustradas y constituyentes (Sánchez-Arcilla, 1980: 15-17).

En este contexto, la forma de administrar justicia se realizaba mediante una diversificación de las jurisdicciones del reino (Pino, 2015: 58 y ss.). Esto quiere decir, que se

8. Fuero Juzgo, Libro VII, título IV, Ley 5.

9. Fuero Juzgo, Libro VII, título IV, Ley 6.

10. Fuero Juzgo, Libro II, título IV, Ley 18.

11. Ausencia de referencias (Ramos, 2000: 78; Hoyo, 2008: 151 y ss.; Acosta, 1983: 106 y ss.).

12. Antecedentes de su reaparición (Ramos, 2000: 78-79; Hoyo, 2008: 152 y ss.; Acosta, 1983: 107). A propósito de la aparición de las Siete Partidas (Peña 1982: 299-300).

dividían las mismas en términos territoriales, particularmente en materias, desde una jurisdicción mercantil, marítima, penal, civil, tributaria, eclesiástica, local, etcétera; constituyéndose con el fin político de mantener la unificación del reino (Pino, 2015: 66 y ss.; Bermejo, 1975: 284). El juez siempre y en todo caso juzgaba en nombre del rey, pues este no abandonaba su función jurisdiccional. Así en las sentencias siempre se insistía en que *dominus rex iudicavit cum sua curia* (Sánchez-Arcilla, 1980: 23).

En tal sentido, el delito de prevaricación aparece inicialmente en las Siete Partidas. En ellas se contemplan cuatro hipótesis:

1. Partida II, título 22, Ley 24: El juez que fallará a sabiendas contra derecho en asunto civil sería castigado con la pena de infamia, privación del cargo, más la obligación de indemnizar a la víctima. A su vez, señalaba que las penas se establecían porque a partir de ese juramento, él había «tordillo el poder de juzgar» como, «*usó mal é torcidamente de su oficio*». Asimismo, señalaba una hipótesis «imprudente», en la que sí «*judgase torticeramente por necedad*» tendría que reparar el mal ocasionado a la víctima. Junto con lo anterior, hacía expresamente una diferencia con la hipótesis de prevaricación-cohecho. Puesto que señalaba que se castigaba al juez que fallaba contra el derecho, pero «no por algo que le dieren o prometiesen».
2. Partida II, Ley 25, título 22: Señalaba la hipótesis de fallar contra derecho en causa criminal, supuesto en el que al juez se le castigaba con la misma pena que hubiese impuesto injustamente.
3. Partida VII, título 8, Ley 11: Se determinaba que, si el juez castigaba a una persona a la pena de muerte sabiendo que la «sentencia» era falsa, debía recibir la pena de muerte. Junto con lo anterior, en las partidas también aparece una hipótesis de prevaricación-denegación de justicia.

IV. Partida VII, título VIII, Ley 11: Se establecía que la maldad en el mundo era bastante, razón por la que, si se entorpecía la justicia o el derecho, las personas buenas no podrían vivir en paz. A partir de ello, se castigaba al juez que denegaba o retardaba la justicia.

El delito de prevaricación reaparece en la Novísima Recopilación.¹³ Este tenía por objeto actualizar el derecho imperante en ese momento (Peña, 1982: 206 y ss.). En su Libro XI, título 4, Ley 10, indicaba una hipótesis de prevaricación «denegación y retardo de justicia», según la cual el juez debía cuidar el despacho breve de las causas, deber que le exigía, a su vez, corregir a los que bajo su subordinación no lo hicieren, bajo el apercibimiento de ser llevado ante el Supremo Tribunal.¹⁴

13. La hipótesis aparece en Pacheco, 1881: 405 y ss.

14. Novísima Recopilación, Libro XI, Título 4, Ley 40. Otras hipótesis pueden encontrarse en el Fuero

Como se aprecia en este periodo de tiempo, y a diferencia del imperio visigodo, el delito de prevaricación se perfecciona. En términos concretos, todos los funcionarios de la administración, incluyendo a los de justicia, la ejercían por nombre y voluntad del rey. Este tipo de fisonomía paulatinamente se iría debilitando, todo en razón de los abusos de poder e inseguridad jurídica que provocaba este tipo de administración. Lo anterior, tendría reflejo en las discusiones de las Cortes en Cádiz, que proclamarían un aparato de justicia, liberal, independiente y personalmente responsable. Este tipo de fisonomía preilustrada, a su vez, se caracterizaba bajo el alero de tres pilares que definían y, por tanto, componían al aparato jurisdiccional, a saber: i) ausencia de principio de legalidad en los contornos y aplicación de las penas; ii) ausencia de motivación de las sentencias; y iii) amplia libertad para interpretar y aplicar el derecho (Ramos, 1999: 81).

La Constitución de Cádiz

Con la irrupción de las ideas ilustradas en la península ibérica, el contorno del pensamiento político-monárquico fue mutando hasta tal punto que, a finales del siglo XVIII, se iniciaban las primeras propuestas de constitucionalismo y codificación para el reino de España (Ruiz, 1996: 148; Antón, 1965: 268). En el ámbito de la administración de justicia, esto último significaba superar las dificultades y abusos que mediante ella se habían edificado en el antiguo régimen. Ejemplo de ello son los alegatos que se hicieron en las Cortes Castellanas en 1598, que indicaban «suplicamos a Vuestra Majestad se sirva de mandar que, de aquí en adelante, para dar tormento a cualquier persona guarden los jueces puntualmente la forma del derecho» (Ramos, 1999: 80).¹⁵ Aquello se traducía en la necesidad de transitar de una política de jurisdicción «gubernamental», esto es, en cuanto aparato para administrar un buen gobierno, hacia una política jurisdiccional independiente y responsable, lo cual implicaba una fisonomía de un auténtico «poder judicial» (Martínez, 2011: 378; Alzaga, 2011: 245).

Los constituyentes, reunidos en Cádiz desde 1810, promulgaron en 1812 un aparato constitucional altamente liberal que transitaba de una monarquía absoluta hacia un régimen de monarquía constitucional.¹⁶ Por lo que el poder para dictar leyes pasaba de manos del rey a la nación,¹⁷ la cual, a su vez, lo depositaba en las Cortes. En

Real de 1255. A propósito del mismo (Peña, 1982: 299), las hipótesis serían un supuesto de prevaricación-cohecho en Fuero Real, Libro II, Título II, Ley 2; y otra de prevaricación denegación de justicia en Libro I, Título VII, Ley 8. Sin embargo, y como bien señala María Ramos, más bien se trata de hipótesis vinculadas al mal actuar del alcalde, que verdaderos supuestos dirigidos al juez (Ramos, 2000: 79).

15. El 19 de abril de 1811 se acepta revisar la arbitrariedad de los jueces (Alzaga, 2011: 252).

16. En términos concretos, señala la Constitución de Cádiz en su artículo 13, que la forma de gobierno será la de una Monarquía moderada hereditaria (Alzaga, 2011: 245 y ss.).

17. Constitución de Cádiz, 1812: artículo 3.

este contexto, al rey le corresponderá exclusivamente la facultad de ejecutar las leyes, como de sancionarlas.¹⁸ Esto implica que él era la autoridad para promulgar las leyes, guardando una estrecha relación con la divinidad del cargo.¹⁹

La Constitución de Cádiz establecía que al Poder Judicial le correspondía la facultad de resolver conflictos conforme a las leyes dictadas por las Cortes, constituyendo el principio de legalidad sobre los jueces, proclamando expresamente la independencia del Poder Judicial (Alzaga, 2011: 257).

En cuanto a la responsabilidad de los jueces, la Constitución establecía que toda falta a la observancia de las leyes, tanto en materia civil como criminal, hacía personalmente responsables a los jueces que la cometieran.²⁰ Asimismo, señalaba que el soborno, cohecho y prevaricación de los magistrados y jueces habilitaba acción popular contra ellos.²¹ A su vez establecía que correspondía al Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de las causas contra magistrados.²² Por lo que, si estaba involucrado un magistrado del Supremo Tribunal, se debía proceder conforme al artículo 228 de la Constitución de Cádiz,²³ esto es, correspondía a las Cortes examinar formalmente si debía formarse la causa.

Ahora bien, las leyes que establecían los elementos e hipótesis en cuanto a la responsabilidad de los jueces, no aparecieron hasta el decreto de Cortes del 24 de marzo de 1813 (Alzaga, 2011: 269). A propuesta de la Comisión de Arreglo de los Tribunales, las Cortes Generales promulgaron el decreto sobre responsabilidad de los empleados públicos, en la que aparecían los supuestos para hacer efectiva la responsabilidad de los administradores de justicia, así como los órganos que conocerían de aquellas causas (Alzaga, 2011: 269). Dicho decreto separaba a ambos funcionarios, a saber: a los jueces en el capítulo I, y a los demás empleados en el capítulo II (Ramos, 2000: 82-83; Martínez, 2011: 382 y 390).

El capítulo I comenzaba indicando que eran prevaricadores los jueces que fallaban en contra del derecho «por afecto o desafecto hacia alguno de los litigantes u otras personas» (Cortes Generales de España, 1813: 20). Así el apartado II (del capítulo I) establecía las penas de inhabilitación, suspensión y multa, señalando que si el juez incurría en el delito de prevaricación en materia criminal, la pena sería la misma que este haya interpuesto injustamente (Cortes Generales de España, 1813: 20).²⁴ Por su parte, el apartado III, castigaba el supuesto de prevaricación-cohecho, indicando

18. Constitución de Cádiz, 1812: artículos 14, 141, 146 y 170.

19. Constitución de Cádiz, 1812: artículos 154, 155, 156.

20. Constitución de Cádiz, 1812: artículo 254.

21. Constitución de Cádiz, 1812: artículo 255.

22. Constitución de Cádiz, 1812: artículos 261, números 4 y 5.

23. Constitución de Cádiz, 1812: artículo 228.

24. Esto último tiene su antecedente en el derecho penal romano; ver, «Abuso de Procedimiento capital» (Mommson, 1999: 440).

que se castigaría con las mismas penas que la hipótesis precedente, más la pena de infamia (Cortes Generales de España, 1813: 21). Seguidamente, el apartado IV castigaba la hipótesis del juez que, sin necesidad de fallar contra justicia, aceptaba dádiva para sí o para su familia (Cortes Generales de España, 1813: 21). Enseguida, el apartado V castigaba al juez que sedujese a mujer litigante, acusada o testigo (Cortes Generales de España, 1813: 21). Por su parte, el apartado VI castigaba al juez que incurriese en conductas inmorales como, por ejemplo, embriagarse o desidia al cargo (Cortes Generales de España, 1813: 21). Posteriormente, el apartado VII castigaba al juez que por falta de instrucción o por descuido fallare contra ley expresa como, asimismo, contra las leyes que «arreglan el proceso» (Cortes Generales de España, 1813: 21). Luego, el apartado VIII, establecía que las penas señaladas para cada supuesto estaban acompañadas con la revocación de la sentencia que se hubiese fallado contra ley expresa (Cortes Generales de España, 1813: 22).

A continuación, se señalaban las formas y órganos que debían conocer de las causas contra magistrados y jueces.²⁵ En este contexto, el apartado IX establecía que, si se revocaba una sentencia en tercera instancia por Tribunal Especial, este último debería hacer un testimonio circunstanciado del hecho con el fin de que el Tribunal Superior conociera de la responsabilidad de los jueces (Cortes Generales de España, 1813: 22).

Por su parte, el apartado XIII señalaba que los Tribunales Superiores y los jueces serían responsables de sus inferiores o subalternos, si por omisión o por tolerancia permitían faltas de estos últimos (Cortes Generales de España, 1813: 23). En los apartados XVII a XIX, se aludía a que el comisionado podía hacer un informe a efectos de dar a conocer las faltas de los jueces, y de esta forma hacer efectiva su responsabilidad ante los Tribunales Superiores de Justicia (Cortes Generales de España, 1813: 23-24). El apartado XXII determinaba que la acción contra los miembros de los Tribunales Superiores se haría efectiva únicamente ante las Cortes (Cortes Generales de España, 1813: 24). El apartado XXIII designaba que, si existían antecedentes para proceder contra empleados públicos, las Cortes declararían ha lugar de formación de causa, para juzgar a los miembros de los tribunales superiores (Cortes Generales de España, 1813: 25). Esta declaración, a su vez, provocaba la suspensión del magistrado y el deber de remitir todos los antecedentes al Tribunal de Corte. En el apartado XXIV, se aludía que los magistrados de audiencias y de Tribunales Superiores especiales, serían acusados por los respectivos delitos ante el rey o ante el Tribunal Supremo de Justicia. Esta declaración, a su vez, provocaba la suspensión del magistrado y el deber de remitir todos los antecedentes al Tribunal de Corte. El apartado XXIV establecía que los magistrados de audiencias y de Tribunales Superiores Especiales serían acusados por los respectivos delitos ante el rey o ante el Tribunal Supremo de Justicia

25. A pesar que la Constitución ya establecía los órganos competentes, lo cierto es que el decreto de 23 de marzo de 1813, amplió la facultad de los mismos (Alzaga, 2011: 269).

(Cortes Generales de España, 1813: 25). El apartado XXV indicaba que, en estas últimas causas, el magistrado más antiguo de la causa instruiría el sumario y demás actuaciones del plenario, permitiendo, a su vez, el derecho a súplica como el recurso de nulidad (Cortes Generales de España, 1813: 25). El apartado XXVI ordenaba que para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces de letras de primera instancia, se debían acusar ante las audiencias respectivas (Cortes Generales de España, 1813: 25). En lo procesal y en cuanto a los recursos se procedería de igual forma que en el apartado anterior. El apartado XXVIII señalaba que, para poder suspender a un magistrado o juez, se debía formar un auto de la sala, donde una vez admitida la acusación legalmente, había que examinar la idoneidad de privar del empleo al funcionario (Cortes Generales de España, 1813: 25).

En el apartado XXIX se establecía que el Tribunal Supremo de Justicia, como las audiencias, se debía dar cuenta al rey de las causas que se formaran contra jueces o magistrados (Cortes Generales de España, 1813:26). El apartado XXX, planteaba que si al rey llegaban causas o quejas contra jueces o magistrados podría hacer uso de la facultad del artículo 253 de la Constitución, esto es, suspenderle haciendo pasar inmediatamente el expediente al Supremo Tribunal de Justicia (Cortes Generales de España, 1813: 26). El apartado XXXI, señalaba que el Consejo de Estado no promovería a ningún magistrado o juez, sin antes consultar sobre su carrera y respeto a la Constitución (Cortes Generales de España, 1813:26). Por último, los apartados XXXII y XXXIII resolvían que el Tribunal Supremo de Justicia como las audiencias, deberían informar sobre las causas pendientes de magistrados y jueces (Cortes Generales de España, 1813:26).

La codificación penal española (1822-1848/50)

La necesidad de consagrar las ideas ilustradas en un Código Penal se origina de la mano con la Constitución de 1812.²⁶ No obstante, el contexto bélico de la península, junto con los debates centrados en el constitucionalismo, demoraron el proceso planteado, y a pesar de existir una comisión dirigida a lograr tal objetivo, con el triunfo de Fernando VII el Deseado, todas estas ideas se vieron frustradas, y la comisión arrestada (Antón, 1965: 266-267). Una vez que los constitucionalistas volvieron al poder, en 1820, se restableció el poder de la Constitución de 1812 y surgió el plan de Código Penal, que vio la luz en 1822 (Antón, 1965: 267).

En el proyecto de Código Penal Español de 1822²⁷ los delitos de los jueces y funcionarios públicos se encontraban en el título VI «De los delitos y culpas de los funcio-

26. Ya con una Comisión encargada desde 1811 (Antón, 1965: 266).

27. Este último se elaboró en base al Código Penal francés de 1810, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas. Véase: Peña, 1982: 310 (Antón, 1965: 270).

narios públicos en el ejercicio de sus cargos», cuyo capítulo I establecía «de la prevaricación de los funcionarios públicos». La responsabilidad en comento se encontraba tipificada en los artículos 453 y siguientes (Cortes Generales de España, 1822: 240-241). Señalando el antedicho precepto:

Son prevaricadores: Primero: los jueces de hecho o de derecho o árbitros que a sabiendas juzgan contra la ley por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o pasión, o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado. Segundo: los que del mismo modo proceden criminalmente contra alguna persona, o la complican en algún procedimiento criminal sabiendo que no lo merece. Tercero: los que a sabiendas dé de la manera expresada en el párrafo 1 dan consejo a alguno de los que litigan ante ellos con per juicio de la parte contraria, o proceden de cualquiera otro modo contra las leyes, ya haciendo lo que prohíben, ya dejando de hacer lo que ordenan. Cuarto: los funcionarios públicos de cualquiera clase que, ejerciendo alguna autoridad, sea judicial o gubernativa, o alguna superioridad en su ramo respectivo, nieguen, reúsen o retarden a sabiendas y del modo referido la administración de justicia, la protección, desagravio u otro remedio que legalmente se les pida, o que la causa pública exija, siempre que deban y puedan ponerlo. Quinto: los que del mismo modo y siendo requeridos en forma legal por alguna autoridad legítima, o por legítimo interesado, o advertidos por superior competente, rehusen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependa de sus facultades para la administración de justicia, ejecución de las leyes, o cualquiera otro negocio del servicio público. Sexto: los que de la propia forma, y hallándose encargados por su empleo u oficio público de averiguar, perseguir o castigar los delitos, o de proceder contra los delincuentes, o de ayudar o cooperar de cualquier otro modo a la administración de la justicia o ejecución de las leyes, dejan de hacerlo, ya obrando contra el inocente, ya favoreciendo al culpado, ya faltando por otro estilo a su precisa obligación. Séptimo: los demás empleados, oficiales, curiales y cualesquiera otros funcionarios públicos que de alguna de las maneras sobredichas en el párrafo 1, abusan a sabiendas de sus funciones, perjudicando a la causa pública, o a alguna, persona, o protegen, disimulan o toleran del mismo modo los delitos de subalternos o de pendientes, o dejan de poner, sabiéndolo, el oportuno remedio para reprimirlos y castigarlos. Los prevaricadores perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno público. Si en la prevaricación cometieren otro delito a que esté señalada una pena, sufrirán esta igualmente.

Sin embargo, el proyecto se modificó y se estableció la redacción de 1822, siendo relevantes las discusiones del proyecto de Código Penal por las Cortes ordinarias y extraordinarias, en particular aquellas llevadas a cabo los días 21 y 22 de enero de 1822 (Cortes Generales de España, 1822: 241 y ss).

El 21 de enero de 1822 las Cortes dieron lugar a la discusión del título VI denominado «De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», principiando por el capítulo I denominado «De la prevaricación de los

funcionarios públicos» (Cortes Generales de España, 1822: 265). En este contexto el señor Pedro Bermúdez preguntó si podían ser considerados como prevaricadores los que fallaban contra ley, pero no a sabiendas. La Comisión, en respuesta, señaló que el artículo era claro al establecer que solamente eran prevaricadores los que a sabiendas fallaban contra ley, dado que los casos de «imprudencia» estaban tipificados en los artículos 515 y siguientes del proyecto (Cortes Generales de España, 1822: 265).

A continuación, la Universidad de Valladolid señaló que en el proyecto se usaba la voz *prevaricación* en un sentido diverso, perspectiva desde la que era entendido como el abogado que ayudaba a ambas partes. La Comisión señaló que, si bien ese era uno de los sentidos, también era cierto que en el decreto de Cortes de Cádiz de 1813 se había entendido por prevaricación el supuesto en el que el juez fallaba contra ley expresa (España, 1822: 265). Luego, el Ateneo indicó que en el caso segundo era necesario agregar, luego de criminalmente, «de oficio», toda vez que solamente sería prevaricador el que actuara de oficio pero no así mediante acusación (Cortes Generales de España, 1822: 266). La Comisión señaló que era prevaricador en ambos casos, circunstancia que no hacía diferencia alguna. Seguidamente, el señor Etcheberría indicó que la prevaricación solamente debía ser delito de los jueces de derecho y árbitros, pero no así de los jueces de hecho, ya que estos muchas veces fallaban en razón de su conciencia (Cortes Generales de España, 1822: 265). Frente a esto, se inició una discusión entre el señor Calatrava y el señor Etcheberría, en torno a la responsabilidad de los jueces de hecho. Asimismo, el señor Cavaleri aseveró que los jueces de hecho no podían fallar contra de ley expresa, tal como lo había sostenido el señor Etcheberría (Cortes Generales de España, 1822: 267).

En este contexto, el señor Gil de Linares mencionó que no comprendía la necesidad de incluir como elemento de la prevaricación la idea de afectos o desafectos, toda vez que el juez, según él, al momento de dictar sentencia contra ley expresa, siempre perjudicaba —y ayudaba— a una de las partes, por lo que al delito le bastaba la circunstancia de fallar en contra de la ley (Cortes Generales de España, 1822: 267). A continuación, el señor Calatrava puntualizó que, si bien la ley incurría en determinados pleonasmos, al reiterar ciertos requisitos para la prevaricación, estos permitían una mejor comprensión del precepto. Seguidamente, continuó la discusión en torno a los jueces de hecho, estableciendo nuevamente el señor Calatrava que le parecía necesario su inclusión, toda vez que ellos también debían sujetarse a las leyes (Cortes Generales de España, 1822: 267). Luego, el señor San Miguel señaló que la ley requería de tres requisitos para que se constituyera el delito de prevaricación, a saber: conocimiento o «a sabiendas»; actuar por interés personal con afecto o defecto de algunas de las partes; y contra causa pública o privada. Respecto al primer requisito determinó que parecía superfluo, pues las leyes siempre tenían que ser conocidas por los jueces; en cuanto al segundo requisito, indicó que era imposible de probar, ya que los sentimientos y pasiones siempre eran parte del espíritu humano. Por último, sobre

el tercer requisito estableció que este también era superfluo, ya que no podría existir prevaricación que no atentase contra la causa pública o privada (Cortes Generales de España, 1822: 268).

Seguidamente, el señor San Miguel continuó su intervención respecto de los jueces de hecho y los jueces árbitros. Respecto a los primeros, señaló que no debían ser castigados conforme al delito de prevaricación, toda vez que ellos muchas veces se atenían sólo a principios jurídicos, o en su caso a fijar el hecho. No obstante, y respecto a los segundos, señaló que ellos podrían ser sujetos activos del delito de prevaricación, siempre y cuando las partes acordasen que ellos debían fallar de conformidad al derecho (árbitros de derecho) (Cortes Generales de España, 1822: 271). A continuación, el señor Crespo Cantolla indicó que el requisito de «a sabiendas» provenía del decreto de las cortes del 23 de marzo de 1813 y, por lo tanto, que debía mantenerse. Asimismo, señaló que los jueces de hecho también debían estar sujetos a la ley, razón por la que podían ser sujetos activos del delito (Cortes Generales de España, 1822: 272). Posteriormente, el señor Díaz de Moral se pronunció contra la responsabilidad de los jueces de hecho (Cortes Generales de España, 1822: 273-275). En respuesta, el señor Calatrava señaló que toda la discusión dependía de si debían fallar de conformidad o no a la ley (Cortes Generales de España, 1822: 276). Así, intervino el conde de Toreno, quien hizo mención que la ley de 23 de marzo no los incluía. En este contexto, el señor Calatrava indicó que la Comisión no había llegado a acuerdo en dicho punto, razón por la que se borraban a los jueces de hecho como sujetos activos del delito (Cortes Generales de España, 1822: 281).

Día 22 de enero de 1822: Se continuó con la discusión del capítulo en comento, en la que intervinieron el señor Salvador y el señor Calatrava. El primero señaló que los jueces árbitros no debían quedar compelidos al igual que los jueces de derecho. En contra, el señor Calatrava explicó que la disposición estaba bien articulada, pues una vez que los jueces árbitros asumían su papel de tales, se convertían en jueces al igual que los de derecho y, por lo tanto, que si aquellos fallaban en razón de la ley, era necesario incluirles como sujetos de prevaricación (Cortes Generales de España, 1822: 282). A continuación, se aprobó el artículo 456 del proyecto relativo a la hipótesis de prevaricación-cohecho (Cortes Generales de España, 1822: 282). Seguidamente se discutió el artículo 459 del proyecto, estableciendo la Comisión que quedaban fuera los regalos que son de pura inocencia y amistad (Cortes Generales de España, 1822: 282-283). Finalmente, la discusión se cerró con el debate sobre los artículos 462 y 464 del proyecto, relativo a hipótesis de soborno, casos en los que se prefirió la redacción del proyecto, dejando determinados puntos a las Cortes (Cortes Generales de España, 1822: 283-284).

Con ello, en 1822, el delito de prevaricación se encontraría tipificado en el artículo 451, señalando textualmente:

Son prevaricadores: Primero: los jueces de derecho, árbitros de la misma clase, que a sabiendas juzgan contra ley por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado. Segundo: los que del mismo modo proceden criminalmente contra alguna persona, o la complican en algún procedimiento criminal, sabiendo que no lo merece. Tercero: los que a sabiendas y de la manera expresada en el párrafo primero dan consejo a alguno de los que litigan ante ellos con perjuicio de la parte contraria, o proceden de cualquiera otro modo contra las leyes, ya haciendo lo que prohíben, ya dejando de hacer lo que ordenan. Cuarto: los funcionarios públicos de cualquiera clase, que ejerciendo alguna autoridad, sea judicial gubernativa, o alguna superioridad en su ramo respectivo, nieguen, reúsen o retarden a sabiendas y del modo referido la administración de justicia, la protección, desagravio, u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que deban y puedan ponerlo. Quinto: los que del mismo modo, y siendo requeridos en forma legal por alguna autoridad legítima, o por legítimo interesado, o advertidos por superior competente, reúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependa de sus facultades para la administración de justicia, ejecución de las leyes, o cualquiera otro negocio del servicio público. Sexto: los que de la propia forma, y hallándose encargados por su empleo u oficio público de averiguar, perseguir o castigar los delitos, o de proceder contra los delincuentes, o de ayudar o cooperar de cualquier otro modo a la administración de la justicia o ejecución de las leyes, dejan de hacerlo, ya obrando contra el inocente, ya favoreciendo al culpado, ya faltando por otro estilo a su precisa obligación. Séptimo: los demás empleados y cualesquiera otros funcionarios públicos, que de alguna de las maneras sobredichas en el párrafo primero abusan a sabiendas de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona, o protegen, disimulan o toleran del mismo modo los delitos de subalternos o de pendientes, o dejan de poner, sabiéndolo, el oportuno remedio para reprimirlos y castigarlos. Los prevaricadores perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno público. Si en la prevaricación cometieren otro delito á que esté señalada alguna pena, sufrirán esta igualmente.

El delito en comento reaparece en el Código Penal español de 1848, particularmente en el Libro IV, título VIII, Capítulo I.²⁸ A diferencia del de 1822, no existen actas de tramitación disponibles (Anton, 1965: 486). En este sentido, se ha señalado que fue elaborado en base al Código brasileño de 1830, napolitano de 1822 y francés de 1810 (Peña, 1982: 310). No obstante, el mismo redactor del boceto de Código Penal de 1848, don Manuel Seijas, señalaba que, a pesar de haber consultado esos códigos, había presentado a la Comisión un Código de naturaleza netamente española (Antón, 1965: 483). En este Código, la hipótesis de prevaricación judicial, en cuanto a fallar contra derecho, se encontraba tipificada en el artículo 269 del mismo:

28. Título VIII «De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos».

El juez que a sabiendas dictare sentencia definitiva manifiestamente injusta, incurrirá: 1. En la pena de inhabilitación perpetua absoluta, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal por delito, y además en la misma pena impuesta por la sentencia, si esta se hubiere ejecutado, y en la inferior en un grado a la señalada por la ley si la sentencia fuere inapelable y absolutoria en causa por delito grave. 2. En la de inhabilitación perpetua especial, en cualquier otro caso.

Ahora bien, aunque el delito reaparece en el Código Penal de 1848, como logra advertirse, aparece con un cambio de redacción importante, en lo tocante a la forma de constituir el injusto, puesto que, a diferencia del Código Penal de 1822, artículo 451, la prevaricación ya no se constituye por fallar a sabiendas en contra de la ley, sino que por una sentencia manifiestamente injusta. Para María Ramos, el cambio de redacción tiene su explicación en la forma de concebir la facultad de juzgar y, por tanto, la densidad de vinculación del juez a la ley. De esta manera, dado que el Código Penal de 1822 se insertaba en una tradición que culminaba el ideario revolucionario y, por lo tanto el proceso constituyente de 1812, el mismo reflejaba una aptitud de desconfianza hacia el juez (Ramos, 2000: 263). Lo anterior, en términos normativos, implicaba que el mismo no tenía facultades interpretativas, sino que solamente aplicadoras. Esta situación quedaba reflejada en la distribución de potestades que realizaba la Constitución, pues ella señalaba que correspondía solamente a las Cortes interpretar la ley (Ramos, 2000: 263). Sin embargo, esta aptitud frente al juez, se modificó al transcurrir el siglo XIX, dado que era imperioso el principio de inexcusabilidad y, por tanto, la prohibición de denegación de justicia. Esto impactó en la necesidad de dotar al juez de aptitudes interpretativas y, por lo tanto, que el injusto se constituyera, ya no por fallar en contra de ley expresa, sino fallar contra el derecho en sentido amplio, incluyendo su diversos supuestos y principios (Ramos, 2000: 294 y siguientes).

Con todo, son esclarecedores los comentarios de Pacheco. El autor, al iniciar el comentario del título VIII, señalaba que en este se encontraba una gran variedad de disposiciones que comenzaban con la prevaricación (capítulo I) hasta las negociaciones prohibidas para los empleados públicos (capítulo XVII) (Pacheco, 1881: 393). A continuación señalaba que, si bien el título hablaba de empleados públicos y, por tanto, su sentido podía ser restringido, debía entenderse en sentido amplio, esto es, dirigida a todo quien desempeña funciones públicas en una sociedad (Pacheco, 1881: 393).

A continuación, el autor comentaba el capítulo I (el de prevaricación), señalando que el delito requería tres requisitos para su realización, a saber: que la sentencia requería ser definitiva; manifiestamente injusta; y que se debía realizar a sabiendas (Pacheco, 1881: 400).

Así, la responsabilidad de los jueces continuaba en el artículo 272, y establecía el castigo para el juez que maliciosamente se negare a juzgar, bajo el pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, y a su vez, señalaba que incurriría en la misma

pena el juez que retardase maliciosamente la administración de justicia (Pacheco, 1881: 405). Para el autor, no era correcto que se exigiera el actuar maliciosamente, toda vez que el deber del juez era absoluto, y el «maliciosamente» no ocupaba papel alguno. Señalaba que, si era requisito en otros preceptos, aquello era porque el omitir esa exigencia podía interpretarse contrariamente, bastando la mera ignorancia para constituir el delito (Pacheco, 1881: 408). A su vez, establecía que la obligación de administrar justicia por parte de los jueces, era una obligación inexcusable, y que en el caso de existir alguna ley prohibitiva debía atenerse a ella (Pacheco, 1881: 408). Por último, comentaba que le parecía oportuno la voz malicia en la segunda parte del artículo, toda vez que, si la denegación de justicia siempre era algo malicioso, no necesariamente era su retardo (Pacheco, 1881: 408).

El derecho indiano-colonial e independentista (1598-1818-1874)

Indiano-colonial

Anterior a la codificación penal de 1874, y antes de la independencia de 1810, en Chile imperaba una situación jurídica conocida como derecho indiano (Bravo, 1984: 6-7). La vida social de las gentes de América era regulada por un entramado de cuerpos jurídicos, ordenados conforme a una mezcla de preceptos de superposición, fórmula que acabaría resolviéndose en los procesos de codificación iniciados en las distintas regiones del continente (Bravo, 1984: 6-7).

Aquella situación, como es de esperar, tuvo impacto en la esfera de lo penal, originándose un derecho punitivo de carácter diverso y antiguo. Diverso, pues la mayoría de las instituciones vinculadas con el delito se encontraban atomizadas en distintos cuerpos normativos.²⁹ Antiguo, pues varios de esos cuerpos normativos ya existían hace bastantes años en el mundo, pudiendo decirse incluso que uno de ellos fue el origen del derecho penal español (Peña, 1982: 292). A propósito de la diversidad de cuerpos jurídicos que existían, es posible nombrar a la Recopilación de Leyes de Indias, la Nueva Recopilación, las Leyes de Toro, las Pragmáticas, el Ordenamiento de Montalvo, los Fueros Municipales, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, el derecho indígena propiamente tal, entre otras (Martel, 1941: 24-27).

A pesar de esto, a partir del descubrimiento de América, la situación jurídica de las Indias era regulada principalmente por el derecho común y el derecho natural, sin ocuparse de ellas algún cuerpo jurídico especial de carácter propiamente «indiano» (Bravo, 1986: 65-70). No obstante, en 1680 esta situación cambió, pues se promulgó para las Américas, la Recopilación de las Leyes de Indias (Bravo, 1986: 71; Martel,

29. Se citan, por ejemplo, la Recopilación de las Leyes de Indias, las Siete Partidas, el Fuero Juzgo, las Pragmáticas, etcétera. Véase: Martel, 1941: 22-29.

1941: 19; Peña, 1982: 219). Este cuerpo normativo ocupó un lugar preferente, pues continuaba con la labor evangelizadora encomendada por el papa a los reyes católicos y por otro, se trataba del especial cuerpo jurídico originado para las Américas (Bravo, 1986: 71; Martel, 1941: 19-21; Bravo, 1986: 71; Martel, 1941: 19-21).

No obstante, varios autores coinciden en que a pesar de tratarse del cuerpo destinado a regular la vida de los indígenas y que derogaba a otros cuerpos, dicha normativa no fue la que tuvo mayor preponderancia, puesto que en la práctica era relegada por el derecho castellano supletorio, a causa de sus imperfecciones internas (Martel, 1941: 21).

Es menester señalar que conforme a los estudios que se han realizado al respecto, se ha indicado que la Nueva Recopilación ocupó un lugar preferente en la regulación de las Indias, a pesar que la misma no es mencionada en la prelación a la que alude la Ley de Toro (Martel, 1941: 24; Bravo, 1984: 71). Este evento se debe a que la Nueva Recopilación es del año 1567, mientras que la Ley de reenvío a la Ley de Toro es del año 1530. Por lo cual, solamente recoge el orden de prelación contenido en la Ley de Toro, es decir, temporalmente no era posible hacer una mención expresa a la Nueva Recopilación. No obstante, la misma señalaba que «en lo no decidido por las leyes de esta Recopilación, para decisiones de las causas y su determinación, se guarden las leyes de la Recopilación y partidas de estos reinos de Castillas, conforme a la ley siguiente» (Martel, 1941: 21). Esto quiere decir, según interpretaciones históricas, que la frase «conforme a la ley siguiente» fue el puente que permitió entender incorporada a la Nueva Recopilación (Martel, 1941: 21 y 24). Ahora bien, interesa la Novísima Recopilación, puesto que se trató del último cuerpo jurídico de compilaciones que además recogió a la Nueva Recopilación, como también otras leyes posteriores (Peña, 1982: 306).

Es menester señalar al Fuero Juzgo. Históricamente existe cierta ambigüedad en relación a si tuvo o no aplicación en las Américas (Martel, 1941: 29; Peña, 1982: 293). En este escenario, se ha señalado que el mismo no habría tenido incidencia en la vida jurídica de las gentes de las Indias, aun cuando se encontrase algún pleito fallado conforme a él (Martel, 1941: 29), toda vez que, en dichos supuestos el mismo no habría sido más que recogido por algún fuero municipal y de ahí su aplicación. No obstante, para la presente investigación es importante estudiar dicha normativa, toda vez que, además de ciertas posturas históricas que reconocen su «vigencia», es relevante a causa de su antigüedad e impacto (Peña, 1982: 293; Oneca, 1965: 270).

Es necesario, además, nombrar a las Siete Partidas. Primero, porque es la continuadora del proceso iniciado por el Fuero Juzgo, con fines no sólo de naturaleza compiladora, sino también pragmáticas (Peña, 1982: 299). Segundo, porque conforme al orden de prelación que aparece en la Recopilación de Leyes de Indias, dicho cuerpo normativo sería el supletorio por excelencia. De este modo, todo pleito jurídico que no encontrase alguna solución en el resto de las instituciones jurídicas al efecto, debía

ser reconducido a las Siete Partidas (Martel, 1941: 28-29). A propósito de su relevancia en la esfera de lo penal, se ha establecido que fue superior al tratamiento elaborado por el Fuero Juzgo, en cuanto en ella es posible reconocer una sistematización del material jurídico, al punto de hablarse de una Parte General (Peña, 1982: 300).

En cuanto a la Recopilación de las Leyes de Indias, se hace necesario mencionarles puesto que se trataba del cuerpo jurídico especial para la situación de las américas, evento por el cual es menester analizarle, pues hace mención expresa los pleitos que debían ser solucionados por la misma. Sin embargo, conforme al sistema de prelación al que se viene aludiendo, la Recopilación señalaba que ella sería la primera en cuanto a su aplicación, incluso en casos de que algunas de sus leyes fuesen contrarias al derecho castellano de los reinos de España. Ahora bien, es necesario señalar que el análisis efectuado sobre la recopilación, se efectuó mediante una sistematización elaborada por don Alamiro De Ávila Martel, en su «Esquema del Derecho Penal Indiano».

En consecuencia, respecto de este periodo, es viable establecer que las hipótesis de prevaricación importantes, eran aquellas mismas que se recepcionaron en los cuerpos jurídicos castellanos. Sin embargo, existe una hipótesis de prevaricación judicial en la recopilación de Leyes de Indias. Ella se encuentra en el Libro VII, título VIII, Ley 15, de la recopilación de Leyes de Indias, y establecía un supuesto de prevaricación «denegación de justicia». Allí se señalaba que los encargados de aplicar las leyes no debían moderar las penas que los cuerpos jurídicos establecían toda vez que de esa forma no se castigaban los delitos, como asimismo que no era su competencia.³⁰

Independentista

Posteriormente al proceso de independencia en Chile (1818), jurídicamente se vivió un proceso complejo y ambiguo. Lo anterior se debe a que, si bien comenzaron prácticas legislativas orientadas a desvincularse del derecho indiano, en la práctica no fue hasta los procesos de codificación, que las Leyes de India dejaron de ocupar la fundamentación de las sentencias (Bilot, 2012: 100; 2013: 9). En consecuencia, en la resolución de conflictos, esta se materializaba mediante las disposiciones de cuerpos jurídicos, como el Fuero Juzgo o la Novísima Recopilación (Bilot, 2012: 100; 2013: 9).

Sin embargo, un aspecto diferenciador es el hecho de que, si bien aquellos eran los cuerpos jurídicos destinados a resolver los conflictos entre las partes, el Estado paulatinamente comenzó a promulgar leyes, decretos y reglamentos que tenían un

30. Además de esta hipótesis, en la recopilación de leyes de indias se recogen dos reglas destinadas a señalar cómo debía seguirse una sentencia. En Libro VII, Título VIII, Ley 16, en la que establecía que los jueces debían fallar conforma a la legislación del derecho de indias como el castellano, y en Libro VII, Título VIII, Ley 17, donde se establecía que quedaba prohibido a los jueces hacer composición de delitos, dado que ellos solamente tenían el deber de aplicar la ley.

fin político-administrativo y, por tanto, que dotaron a esas normas sustantivas de procedimientos jurídicos de naturaleza chilena (Bilot, 2013: 5 y ss.). En otras palabras, es posible observar cómo los diferentes cuerpos jurídicos destinados a dotar a Chile de una rudimentaria jurídica autónoma, más que conferir tipos penales propios, se encontraban orientadas a reordenar la forma político-geográfica de la región (Bilor, 2013: 15 y ss). Así, las disposiciones que se citan van en el sentido de equiparar la administración territorial con la jurídica, dotando de una nueva forma política al Estado (Bilot, 2013: 4-5, 9, 12-13). Por dicho motivo se da la importancia de este periodo para con el delito de prevaricación, que dice relación más bien con sus aspectos procesales que sustantivos.

Con todo, un aspecto sustantivo a considerar son las exigencias constitucionales, que desde la primera Constitución de 1818, y posteriormente las de 1822, 1823, 1828 y 1833, se hicieron presente para con la responsabilidad de los jueces.³¹ La primera de ellas, si bien no consagró un articulado especial para la responsabilidad personal de los jueces, sí establecía un supuesto de responsabilidad judicial. En el título I, «De los derechos y deberes del hombre en sociedad», capítulo I «De los derechos del hombre en sociedad», el artículo 8 señalaba que solamente sería castigado con la pena infame de azotes el que por la repetición o publicidad de sus delitos haya perdido la honra, señalando que el juez que no observase de lo anterior sería responsable.³² A continuación, es posible evidenciar en la Constitución de 1822 los primeros esfuerzos constitucionales por consagrar el principio de responsabilidad de los jueces, puesto que establecía que podían ser responsables de prevaricación (artículo 201); que todo acto ejercido sin las formalidades de la ley sería arbitrario y tiránico (artículo 205); que los jueces serían responsables de dilación (artículo 211), como que debían motivar todas sus sentencias civiles y penales (artículo 219), sin evidenciarse algún artículo o disposición especial que señalase expresamente la forma y fondo de las responsabilidades establecidas. Seguidamente, un paso importante de naturaleza estructural se verificó con la Constitución de 1823, dado que a partir de esta se originó formalmente la institución de la Corte Suprema como órgano superior del Poder Judicial, frente a las Cortes de Apelaciones y Tribunales Inferiores.³³ En términos de responsabilidad de los jueces, la Constitución de 1823 obedece al mismo diseño constitucional de su predecesora toda vez que, si bien no enuncia expresamente un principio de responsa-

31. Si bien se cita a la Constitución de 1833, como la que consagró el principio de responsabilidad personal de los jueces (Díaz y Muñoz, 2015: 39).

Lo cierto, es que ya en la primera Constitución de 1818 existían disposiciones al efecto.

32. Proyecto de Constitución provisoria para el Estado de Chile, publicado en 10 de agosto de 1818, sancionado y jurado solemnemente el 23 de octubre del mismo, Biblioteca del Congreso Nacional, 1818.

33. Ya en la Constitución de 1822, existía un Tribunal Supremo, consagrado en el artículo 160 de la misma. La Corte Suprema tuvo por objeto sustituir a la Real Audiencia (Brangier, 2011: 5).

bilidad de los jueces, sí establece determinados supuestos en el que se manifiesta, por ejemplo, el entonces artículo 149 establecía que era atribución exclusiva de la Corte Suprema conocer de las vejaciones, dilaciones y otros crímenes y perjuicios causados por los jueces de apelaciones en la secuela de los juicios y para el sólo efecto de declarar la responsabilidad personal del juez. Seguidamente, la Constitución de 1828 continuó con este diseño constitucional en lo relativo a la responsabilidad personal de los jueces, pues consagraba un par de disposiciones al efecto sin la enunciación de un principio claro.³⁴ No fue hasta la Constitución de 1833, donde aparece expresamente el principio de responsabilidad de los jueces (Díaz y Muñoz, 2015: 39), cuya estructura recuerda a la Constitución de Cádiz de 1812. El principio en comento se encontraba consagrado en el Capítulo VIII, «De la administración de justicia», artículo 111, y establecía que:

Los jueces son personalmente responsables por los crímenes de cohecho, falta de observancia de las leyes que reglan el proceso, y en general por toda prevaricación o torcida administración de justicia. La ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad.³⁵

El principio en comento, continuó hasta la Constitución de 1925, en la que, con idéntica redacción, se consagró en el artículo 84. Posteriormente, el principio aparecería en la Constitución de 1980, artículo 79, en la que la última parte cambiaría de redacción, estableciendo que «tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad».

Ahora bien, a pesar que en Chile el principio de responsabilidad personal de los jueces tiene su origen constitucional en 1833, lo cierto es que, sustantivamente dicha responsabilidad sería materializada en aquellos delitos contenidos en el derecho castellano (Bilot, 2012: 100). En este sentido, ya en 1820, un senadoconsulto establecía que se mantenían la recopilación de Leyes de India, la Novísima Recopilación, el Fuero Real, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas (Bilot, 2013: 9). Esta situación se encontraba respaldada en el mandato constitucional de motivación de sentencias de 1822, que obligaba a los jueces a fundamentar sus sentencias,³⁶ y en el posterior Decreto Ley de 2 de febrero de 1837, cuyo título era «Sentencias de los jueces Decreto ley que ordena que se funden» (Anguita, 1912: 275).

34. Entre este tipo de disposiciones, se puede citar, el artículo 96 número 10, que señalaba como atribución exclusiva de la Corte Suprema «Ejercer la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica sobre todos los tribunales y juzgados de la Nación» (*Constitución Política de la República de Chile*, 1828).

35. *Constitución Política de la República de Chile*, promulgada el 25 de mayo de 1833, Biblioteca Nacional del Congreso, 1833.

36. «Artículo 219: Toda sentencia civil y criminal deberá ser motivada» (*Constitución Política de la República de Chile*, 1822).

Este decreto, promulgado por Prieto, establecía que «la obligación que se impone a los jueces de fundar sentencias es una de las principales garantías de la rectitud de los juicios y una institución recomendada por la experiencia de las naciones más cultas» (Anguita, 1912: 275). A continuación, señalaba que «toda sentencia se fundará breve y sencillamente. El fundamento se reducirá solo a establecer la cuestión de derecho o hecho sobre que recae la sentencia, y a hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentario, ni otras explicaciones» (Anguita, 1912: 275).

El 11 de febrero de 1837, la Corte Suprema expidió un informe en el cual manifestaba algunas dudas sobre el decreto de fundamentación de las sentencias, pues se preguntaban cómo debían fundarse estas cuando no existía ley o si debían citarse las leyes del derecho romano en defecto de las propias (Anguita, 1912: 294-295). Frente a este informe, el fiscal de la Corte Suprema respondía que el fin del decreto era que toda sentencia debía ser fundada, sin comentarios, pero señalando las leyes por las que se fijaba el derecho (Anguita, 1912: 295). En caso de no existir ley, el juez tenía que atenerse los principios generales del derecho, así como el espíritu de las leyes (Anguita, 1912: 294-295). Además, indicaba que la fundamentación debía hacerse conforme a la ley vigente, incluso en materia penal, mientras no se dictase el Código del Ramo (Anguita, 1912: 294-296). A su vez, establecía que no debía preferirse el derecho romano, toda vez que, según la Novísima Recopilación, aquel derecho no eran leyes de España, y solamente podían ayudar a confirmar el derecho real «que es propiamente el derecho común y no el de los romanos» (Anguita, 1912: 297). Es decir, en la práctica era el derecho indiano y, por tanto, el español, el que se ocupaba de la sustentación de las sentencias (Martel, 1941: 21). Esta situación quedaba confirmada por la memoria de Mariano Egaña remitida al Congreso en 1839, donde señalaba la necesidad de reformar el Poder Judicial (Bilot, 2013: 9).

Pese a lo anterior, en este periodo es posible evidenciar una hipótesis de prevaricación judicial, promulgada por el Estado chileno. El 25 de septiembre de 1837 se promulgó un decreto denominado «Denegación de justicia— Que se entiende por tal y penas aplicables a los jueces que se hacen reos de dicho crimen». En este, se establecía el crimen de denegación de justicia, en el que se presentaban diversas hipótesis, que compartían el ánimo del juez de excusarse de tomar conocimiento de la causa o retardarla, el cual se complementó el 21 de febrero de 1838, mediante el decreto «Denegación de justicia— Autoridad que debe conocer de estos delitos», donde se señalaba que conocería de ellos la autoridad competente de la apelación (Anguita, 1912: 302 y 307).

Ahora bien, a pesar que en este periodo el delito de prevaricación es sustantivamente el mismo contenido en los cuerpos jurídicos que regularon la situación de las indias, —con la salvedad del Decreto Ley de denegación de justicia—, el mismo importa principalmente por sus elementos procesales. A partir de la independencia y, por tanto, desde la Constitución y las leyes de 1818, es posible observar una preocu-

pación de quiénes y cómo se debía perseguir la responsabilidad de los funcionarios públicos y, entre ellos, de los jueces.³⁷

El primer antecedente importante sobre esta preocupación se encuentra en el Reglamento de Administración de Justicia de 1821, cuyo artículo 16 establecía expresamente que estaba destinado a evitar dudas y recursos sobre el conocimiento y modo de proceder en las causas contra los empleados públicos (Anguita, 1912: 80). El artículo señalaba que era la Junta Contenciosa la que debía conocer de estas causas, y que el querellante debía presentar los capítulos en que se fundaba, a efectos que la junta examinase la aptitud del mismo, y excluir aquellas meramente injuriosas e impertinentes; inclusive como examen previo al conocimiento de la causa, los tribunales debían informar sobre el carácter y conducta de los capitulantes, a efectos de repeler aquellas que se originaban en venganzas o resentimientos, debiendo oírse al fiscal, y en caso de no existir, al ministro más antiguo del Erario, a efectos que dictasen un informe en el que repelían o incorporaban los capítulos que fuesen conducentes (Anguita, 1912: 81).

Pese a que este decreto en particular no se cita posteriormente en los reglamentos y decretos que fijaron la administración de justicia en Chile, resulta relevante toda vez que es citado por la jurisprudencia nacional en el periodo independentista como requisito previo a conocer de una causa contra los jueces.³⁸

Importa además el Reglamento de Justicia de 1824, puesto que desde una perspectiva histórica, es el primer reglamento de justicia de Chile que ordenó todo el aparato judicial (Bilot, 2013: 9), además de establecer la forma en que debía hacerse efectiva la responsabilidad de los jueces, ya con un diseño judicial en el que la autoridad superior radicaba en la Corte Suprema (Brangier, 2011: 5).

En este sentido, es necesario señalar que, de conformidad a la Ordenanza de 13 de agosto de 1824, que introdujo adiciones al Reglamento de Justicia del mismo año, correspondía a la Corte de Apelaciones conocer de aquellas causas donde estuviera involucrado un ministro de la Corte Suprema, hasta que no se creara la Comisión Judicial (Anguita, 1912: 161). A su vez, la responsabilidad en la que incurriese uno de los ministros de la Corte de Apelaciones la debía conocer la Corte Suprema, conforme lo decretaba el artículo 149, número 1 de la Constitución de 1823.³⁹ Si bien esta

37. Esta situación se puede observar, por ejemplo, en el conjunto de leyes denominadas «Leyes Marianas», que desde 1836 tuvieron por objeto reglamentar la forma del Poder Judicial. (Véase: Bilot, 2012: 104).

38. Así, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción. Proceso contra Juez de letras, 1862, Sentencia número 954. En: *Gaceta de los Tribunales*, número 1036, Sentencia 954, 17 de mayo de 1862.

39. «Artículo 149, número 1: De las vejaciones, dilaciones y otros crímenes y perjuicios causados por los jueces de apelaciones en la secuela de los juicios, procediendo sumariamente, sin alterar lo juzgado, y para solo declarar la responsabilidad personal del juez y después de concluido el proceso. Si durante el pleito se interpusiesen recursos sobre estos abusos, deberán concluirse en ocho días perentorios» (Constitución Política y Permanente del Estado de Chile, 1823).

disposición no se repite en la Constitución de 1833, se desprende del artículo 14, de adiciones al Reglamento de Justicia de 1824, como de los artículos 62 y 63 del mismo (Anguita, 1912: 163). Por su parte, según el reglamento de 1824, artículo 54 número 2, correspondía a la Corte de Apelaciones conocer de las causas en que estuviera involucrados delegados de apelaciones, jueces de letras, alcaldes ordinarios y jueces conciliadores (Anguita, 1912: 155). El mismo reglamento, en su título XII, «Disposiciones generales», artículo 153, establecía que «El soborno, el cohecho y la prevaricación de los jueces producen acción popular contra los que lo cometen» (Anguita, 1912: 161). Por último, es necesario señalar el decreto de 28 de septiembre de 1837, que indicaba quién debía conocer de la responsabilidad por torcida administración de justicia de los inspectores y subdelegados, estableciendo que les competía a los alcaldes ordinarios en la cabecera de departamento (Anguita, 1912: 303).

Finalmente, el aparato judicial se reformó en 1875 mediante la ley de organización de los tribunales la que, en materia de responsabilidad de los jueces, mantuvo el esquema fijado en el reglamento de 1824.

La codificación penal chilena

En el marco de la codificación penal chilena de 1874, el delito de prevaricación fue parte de varias sesiones de discusión en las que se incluyeron tanto las hipótesis del Código Penal español de 1822 como, asimismo, las del Código Penal español de 1848-50. A continuación, se exponen los diálogos y acuerdos de la Comisión Redactora.

21 de abril de 1871: Se iniciaba la sesión 31 de la Comisión Redactora del Código Penal, la cual se encontraba discutiendo el título III del proyecto, esto es, «De los delitos que afectan a los derechos garantizados por la Constitución». En este contexto, se iniciaría la discusión del párrafo 4 del título en comento que señalaba «de los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución». A propósito de este párrafo, el señor Fábres acentuó la atención a la comisión, sobre la conveniencia de destinar un párrafo especial para la responsabilidad de los jueces y, por lo tanto, no incluirlos en la discusión de este párrafo 4. En respuesta, el señor Reyes apoyó la moción, y así toda la comisión (Juzgado de Garantía, 1873: 309).

El cinco de mayo de 1871 se daba inicio a la sesión 35 de la Comisión Redactora, donde se presentó el párrafo especial (párrafo 5) para tratar los delitos cometidos por funcionarios judiciales (Juzgado de Garantía, 1873: 317-319). El mismo fue aprobado en general con la sola advertencia que en el artículo 148 del proyecto se debía incluir no sólo a los ministros de los Tribunales Superiores y Ordinarios de Justicia, sino también a los tribunales, jueces especiales y asimismo, funcionarios del Ministerio Público (Juzgado de Garantía, 1873: 317-319).

Seguidamente, se discutió el artículo 149 del proyecto, frente al cual los señores Fábres y Reyes establecieron la redacción del precepto, a fin de que quedara consa-

grada la idea de que los delitos del artículo 148 se verificarían siempre que se actuara con malicia, ignorancia y mala aplicación inexcusables. A continuación, se discutió el artículo 150 relativo a la reincidencia de los delitos del artículo 148, señalándose al efecto que era necesaria una regla en la parte general (libro primero) relativo a los efectos en el sueldo que provocaría la suspensión en el cargo, en consecuencia, privándoles de la mitad del sueldo del presunto reo, el cual se devolvería en caso de sentencia absolutoria (Juzgado de Garantía, 1873: 317-319).

Finalmente, el artículo 151 del proyecto estableció que era necesario castigar no solo al juez que aceptaba o consentía en recibir dádivas para realizar un acto injusto, sino que, también, al que lo hacía para aceptar un acto legal (Juzgado de Garantía, 1873: 318). Por último, se agregó un numeral tercero, a efectos de castigar al juez que decretase una pena ilegal sin ejecutarla (Juzgado de Garantía, 1873: 318-319).

En la sesión número 36 del 12 de mayo de 1871, se continuó con la discusión del párrafo quinto, del título III, del Libro II. En primer lugar, se discutió el artículo 154 del proyecto, frente al cual el comisionado Gandarillas señaló que debía sustituirse la palabra *funcionarios*, dado que con ella no se incluían, por ejemplo, a los abogados. En razón de lo anterior, se reemplazó la figura por la de *personas*, «cuyo significado más lato abraza todos los que el artículo ha querido comprender» (Juzgado de Garantía, 1873: 319). Luego, a indicación del señor Reyes, se modificó el número 3 del artículo 154, a fin de que se incluyeran a los peritos, ingenieros de minas y demás individuos que intervienen en el juicio con carácter semejante al de estos (Juzgado de Garantía, 1873: 319).

Por último, la sesión terminó con el artículo 157 del proyecto, donde se aceptó incluir a la disposición no solo a los funcionarios judiciales sino también a los del orden administrativo, pues ambos pueden inferir perjuicios que debían reparar (Juzgado de Garantía, 1873: 320).

Luego, en la sesión 47 del 6 de julio de 1871, se listaban los párrafos del título V denominado «De los delitos cometidos por empleados o funcionarios en el ejercicio de sus cargos», cuyo párrafo cuarto castigaba expresamente la «prevaricación» (Juzgado de Garantía, 1873: 340). Este título en cuestión fue objeto de debate en la sesión 49 del 21 de julio de 1871, y abarcaba lo que actualmente se denomina prevaricación del abogado. La primera intervención fue realizada por señor Reyes, quien señaló a los procuradores que debía excluirse del artículo 221 del proyecto dado que difícilmente podían representar a ambas partes; por tanto, el precepto solamente debía incluir a los abogados que en un pleito defendiera los intereses contrapuestos (Juzgado de Garantía, 1873: 343).

Bajo la indicación del señor. Reyes, se señaló que no quedaba del todo claro si el artículo 220 incluía las revelaciones que hace un abogado en materia no contenciosa. A propósito de esto, la Comisión respondió que referente a la palabra *cliente*, no solamente se incluía al que es parte en juicio, sino que, a todo aquel que pide los servicios

de un abogado, por lo tanto, si se comprendía la hipótesis en cuestión (Juzgado de Garantía, 1873: 343-344).

Posteriormente, en el contexto de revisión del proyecto, particularmente en la sesión 149, se leyó el párrafo 5 del título III, y se señaló que existían diversos vacíos que se encontraban resueltos por el Código Español. Luego de una larga discusión, se acordó que el señor Rengifo traería redactado el nuevo párrafo combinando sus disposiciones con las del Código Español. No obstante, y en la sesión número 150 del 6 de junio de 1873, el señor Rengifo indicó que no creía conveniente discutir la responsabilidad de los jueces en los delitos contra los derechos garantizados por la Constitución, ya que tratándose de jueces y empleados judiciales no había razón para que no se incluyeran en el párrafo destinado a castigar a los demás funcionarios civiles (Juzgado de Garantía, 1873: 514). La Comisión estuvo de acuerdo y se reservó el debate para cuando fuese el examen del párrafo en comento. De esta forma, la responsabilidad de los jueces pasaba del título III del Código Penal al título V del mismo.

Esta discusión se realizó en la sesión 152 de la Comisión Redactora el 10 de junio de 1873, donde el señor Rengifo presentó un proyecto que principiaría el párrafo 4 del título V, denominado «Prevaricato de los jueces y funcionarios judiciales» (Juzgado de Garantía, 1873: 517 y siguientes). El párrafo en comento, empezaba con el artículo 225, al cual se le agregó en el número 1 fallar contra ley expresa en materia civil. En consecuencia, el artículo quedó redactado de la siguiente forma:

Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los funcionarios que desempeñen el Ministerio Público, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares y la de reclusión menor o presidio menor en cualquiera de sus grados: 1. Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil. 2. Cuando por si o por interpuesta persona administren o se convienen en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo. 3. Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seducen o solicitan a mujer procesada o que litiga ante ellos.

Luego, en el artículo 226 se suprimió el caso de fallar contra ley expresa civil, toda vez que se había unido al artículo 225 número 1. Asimismo, para el número 7 se borraron las palabras *hagan de agentes*, pues se incluían en las que le seguían. Respecto al artículo 227, se señaló que el número 6 debía ser un inciso aparte, colocándose a continuación de los números anteriores, suprimiendo, a su vez, la frase *contrarias a la Constitución*, pues si se señalaba el *contrario a la ley* se incluía la Constitución, toda vez que era la ley fundamental (Juzgado de Garantía, 1873: 518). Respecto de los artículos siguientes se realizaron cambios de numeración y solamente un par de cambios de redacción, sin cambios sustanciales (Juzgado de Garantía, 1873: 518-520). Por último, el título en comento se discutió en la sesión número 171 del 10 de octubre de

1873, en la que a petición del señor Reyes se agregó un apartado 7 al final del artículo 225 del Proyecto, el mismo señalaba: «Cuando con manifiesta implicancia que les sea conocida y sin haberlo hecho saber a las partes, fallaren en causa civil o criminal» (Juzgado de Garantía, 1873: 555).

De esta forma quedaba discutido y terminado el proyecto de Código Penal y, por tanto, nuestro actual sistema relativo al delito de prevaricación. En este sentido, el actual sistema de delitos de prevaricación contemplado en el Código Penal chileno, codificado en 1874, incorpora diversas hipótesis de prevaricación que han surgido históricamente en el ámbito jurídico occidental. Entre ellas, se encuentran aquellas que implican fallar en contra de los deberes jurídicos de los jueces relacionados con alguna forma política de organización, como las constituciones imperiales o la centralización del poder en figuras como el pontífice, el rey o los delegados de la monarquía. Además, se aprecia la influencia de las ideas ilustradas, como el Estado de Derecho y los deberes de los jueces en función de la aplicación de la ley. Otra figura presente es la de retardar o denegar justicia, un caso típico en la evolución histórica de la prevaricación, desde el Fuero Juzgo o las Siete Partidas. Asimismo, se pueden identificar figuras de prevaricación en el artículo 224, número 4, del Código Penal, en las hipótesis del Libro VII, título IV del *Liber Iudiciorum*.

Por otro lado, las actuales hipótesis de prevaricación del abogado, contempladas en los artículos 231 y 232 del Código Penal chileno, así como las del cohecho, tienen sus orígenes en el Derecho Romano y el Digesto. Estas figuras reflejan la influencia histórica de la tradición jurídica romana en el desarrollo del sistema penal chileno. El derecho romano, como fuente del derecho continental, ha proporcionado los fundamentos conceptuales y doctrinarios para la configuración de los delitos de prevaricación tanto en el ámbito judicial como en el ejercicio de la abogacía. Así, se evidencia una continuidad en la aplicación y adaptación de principios jurídicos que se remontan a épocas antiguas y que, en la actualidad, siguen siendo relevantes en el marco normativo chileno.

En conclusión, el sistema de delitos de prevaricación del Código Penal chileno, en su versión codificada en 1874, incorpora diversas hipótesis que han evolucionado históricamente en la tradición jurídica occidental. Desde la influencia de las constituciones imperiales y la concentración del poder en figuras monárquicas, hasta la adopción de principios ilustrados como el Estado de derecho y los deberes de los jueces, se pueden identificar raíces históricas que han influido en la configuración de estos delitos. Asimismo, las figuras de prevaricación del abogado y el cohecho tienen su origen en el derecho romano y reflejan la continuidad de principios jurídicos a lo largo del tiempo. De esta manera, el sistema penal chileno se nutre de una tradición jurídica que se extiende desde épocas antiguas hasta la actualidad.

Conclusión

Conforme a la hipótesis general de esta obra, en razón de su entendimiento como normas que velarían por la correcta realización de las reglas sustantivas y adjetivas del proceso, circunstancia que tendría respaldo —o explicación— en el proceso histórico-formativo de las mismas, es posible concluir lo siguiente.

En términos transversales, todas las normas de prevaricación que se recibieron desde el Derecho romano hasta el proceso de codificación chileno, se encuentran vinculadas con proteger la figura del soberano y, en razón de esto, al sistema político del momento. Se trata de un atentado al propietario de la soberanía, en los términos de ser este el facultado de dictar las leyes y bases de una sociedad civil. Los cambios que sufre el objeto del delito de prevaricación, históricamente mutan en razón de quién es la o las persona o personas que se encargan de dictar leyes y, por tanto, en quién reside la soberanía.

En un primer momento, el delito de prevaricación aparece vinculado con lesionar las constituciones imperiales, lo que se traduciría en afectar a la persona del emperador. Posteriormente, en el imperio visigodo, el delito implicaría un atentado a la verdad, situación que se vincula con la soberanía espiritual que tendría el pontífice sobre la soberanía terrenal del rey. Seguidamente, desde la baja edad media, la fundamentación del delito estaría relacionada con atentar contra la ley. En este contexto, y luego de una revaloración del origen del poder soberano, el delito se vincula directamente con el atentar contra la figura del rey.

Desde la época ilustrada, y con el proceso constituyente en Cádiz, la fisonomía política del delito tomará formas liberales, en el sentido de que su objeto de protección será la soberanía radicada en un parlamento, independiente de un Poder Judicial. Desde este contexto, el fin de protección de la norma subyacente al delito estaría relacionada con proteger las leyes que el pueblo se da a sí mismo y, por tanto, que ningún otro poder del Estado puede cuestionar. La época de codificación, tanto chilena como española, serían receptivas de esta situación.

El derecho indiano no aportará nuevas luces sobre el delito, toda vez que, conforme a los dictámenes de la recopilación de Leyes de Indias, en este territorio seguirá operando el derecho castellano. No obstante, el derecho independentista arrojará nuevas luces sobre el delito. Este último contexto es relevante toda vez que se dictan reglamentos, leyes y decretos destinados a ordenar la fisonomía del Poder Judicial chileno y, con esto, indicar quiénes serían los responsables de conocer de la responsabilidad de los jueces, así como de la forma en que debería hacerse efectiva dicha responsabilidad. Además, es relevante por cuanto aparece en Chile expresamente el principio de responsabilidad personal de los jueces.

En específico, el proceso de codificación chileno sería un momento donde se desglosaría sustantivamente el derecho del antiguo régimen y el derecho ilustrado, y

procesalmente el derecho de la independencia. Esta diversidad de formas impactaría en el origen de un sistema relacionado al delito de prevaricación que incluiría supuestos como el de «denegación de justicia» o «prevaricación-cohecho», la inclusión de sujetos activos como los subdelegados o inspectores.

En consecuencia, toda vez que el análisis histórico del sistema vinculado a las hipótesis de prevaricación demuestra que, en todos sus momentos, las normas y reglas incluidos en el mismo han estado dirigidas a resguardar las leyes sustantivas y procesales de los diversos sistemas políticos y, con ello, de sus ordenamientos jurídicos.


Referencias

- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (2011). «La justicia en la constitución de 1812». *Teoría y realidad constitucional*, 28: 243-278.
- ANGUITA, Ricardo (1912). *Leyes Promulgadas en Chile, desde 1810 hasta el 1 de junio de 1912*. Tomo I. Santiago: Imprenta Litografía.
- ANTON, José (1965). «El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XVIII, fascículo III: 473-495.
- BERMEJO CABRERO, José Luis (1975). «Orígenes medievales en la idea de soberanía». *Revista de Estudios Políticos*, 200-201: 284-289.
- BILOT, Pauline (2012). «Las causas por torcida administración de justicia: mirada letrada hacia prácticas legas en Chile, 1824-1875». *SudHistoria: Revista digital en estudios desde el sur*, 5: 99-123.
- . (2013). «Construyendo un esquema de la administración de justicia: Fuentes, método y resultados, Chile, Siglo XIX». *Revista Historia y Justicia*, 1: 1-27.
- BRANGIER, Víctor (2011). «Justicia criminal en Chile, 1842 -1906. ¿Debido proceso o contención social?». *Revista Sociedad y Equidad*, 1: 1-26.
- BRAVO, Bernardino (1984). «El derecho indiano después de la independencia en América española: Legislación y Doctrina Jurídica». *Revista de Historia UC*, 19: 5-51.
- . (1986). «Derecho común y derecho natural en el nuevo mundo. Determinación de la situación jurídica de las tierras y de los habitantes de Américas y Filipinas bajo la monarquía española». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 11: 63-79.
- CORTE DE APELACIÓN DE CONCEPCIÓN (1862). «Proceso contra Juez de letras, Sentencia 954». *Gaceta de los Tribunales*, 1036, sentencia número 954, 17 de mayo de año de 1862.
- DÍAZ LEIVA, Nataly, Pamela Muñoz Olivares (2016). «La responsabilidad del Estado-Juez: Buenas razones para proponer una acepción amplia de error judicial en Chile». *Revista de Derecho Público*, 83: 37-60.
- DOMINGO ACOSTA, Juan (1983). «Aspectos Generales del Delito de prevaricación». *Revista Chilena de Derecho*, 10 (1): 103-124.

- . (1813). *Colección de decretos y órdenes que han expedido Las Cortes Generales y Extraordinarias. Desde 24 de febrero de 1813 hasta 14 de septiembre del mismo año*, Tomo IV. Cádiz: Imprenta Nacional.
- . (1822). *Diario de las actas y discusiones de las cortes extraordinarias de 1821, Discusión del proyecto de Código Penal*, Tomo I-III. Madrid: Imprenta Nacional.
- FERNÁNDEZ, Antonio. «La Legislación de Augusto». *Gerión*, 35: 87-104.
- GALLEGOS VÁSQUEZ, Federico (2015). «Las jurisdicciones especiales en el derecho visigodo». En Manuela Fernández Rodríguez (coordinadora), *Estudios sobre jurisdicciones especiales* (pp. 35-57). Valladolid: Asociación veritas para el estudio de la historia.
- GÜIDI, Elisa (2006). *La prevaricación judicial en España y en el Derecho Comparado*. Barcelona: J.M. Bosch.
- HOYO, Isabel (2008). «La responsabilidad jurídica de jueces y magistrados por el incumplimiento de sus deberes». En Isabel Hoyo Sierra y Ángel Sánchez de la Torre (editoras). *Modalidades de responsabilidad jurídica: deber y obligación* (pp. 145-168). Madrid: Dykinson.
- HUBEŇAK, Florencio (2014). «Raíces y Desarrollo de la teoría de las dos espadas». *Prudentia Iuris*, 78: 113-129.
- JUZGADO DE GARANTÍA (1873). *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*. Santiago: Imprenta de la República.
- MARONGIU, Antonio (1953). «Un momento típico de la monarquía medieval: el rey juez». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23: 677-716.
- MARTEL, Alamiro de Ávila (1941). «Esquema del Derecho Penal Indiano». Memoria de prueba para optar al grado de licenciado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando (1999). «Constitución de la Justicia en Cádiz: Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81, 2011: 377-408.
- MOMMSEN, Teodoro (1999). *Derecho penal romano*. Segunda edición. Colombia: Temis.
- MONCAYO, Socorro (2000). «El delito de falsedad en el derecho romano». *Revista Letras Jurídicas*, 2: 1-8.
- ONECA, José (1965). «Historia del Código Penal de 1822». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XVIII, fascículo II: 263-278.
- PEÑA, Silvia (1982). «Las raíces histórico-culturales del Derecho Penal chileno». *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, 7: 289-314.
- PETIT, Eugéne (1963). *Tratado Elemental De Derecho Romano*. México: Nacional.
- PINO ABAD, Miguel (2015). «Jurisdicciones especiales durante la edad media». En Manuela Fernández Rodríguez (coordinadora), *Estudios sobre jurisdicciones especiales* (pp. 57-101). Valladolid: Asociación veritas para el estudio de la historia.

- RAMOS, María (1999). *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROJAS, Luis Emilio (2012). «Historia Dogmática de la Falsedad Documental». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39: 545-583.
- ROSADO VILLAVERDE, Cecilia (2015). «Las jurisdicciones especiales en el constitucionalismo español». Manuela Fernández Rodríguez (coordinadora), *Estudios sobre jurisdicciones especiales* (pp. 409-429). Valladolid: Asociación veritas para el estudio de la historia.
- RUÍZ ROBLEDO, Agustín (1996). «El principio de legalidad penal en la historia constitucional española». *Revista de Derecho Político*, 42: 137 -169.
- SÁNCHEZ-ARCILLA, José (1980). «La administración de justicia en León y Castilla durante los S. X-XIII». *Extracto de la cátedra y tesis doctoral «La administración de justicia del rey en Castilla y León (1252-1504)»*. Universidad Complutense de Madrid.

Sobre el autor

CLAUDIO QUINTANA es profesor de Derecho Penal en la Universidad Alberto Hurtado, y abogado y magíster en Derecho Penal por la misma casa de estudios. Su correo electrónico es cquintana@uahurtado.cl.  <https://orcid.org/0009-0003-1615-0740>.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

(www.tipografica.io)