

UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

REFORMA A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
Los problemas de la categoría en el derecho vigente y comentario crítico al
Anteproyecto de Código Penal

Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

AUTOR: JAVIER WILENMANN VON BERNATH
PROFESOR GUÍA: ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Santiago, Chile.
2009

UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

REFORMA A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
Los problemas de la categoría en el derecho vigente y comentario crítico al
Anteproyecto de Código Penal

Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

AUTOR: JAVIER WILENMANN VON BERNATH
PROFESOR GUÍA: ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Santiago, Chile.
2009

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	16
A. LA ACTIVIDAD DE LOS JUECES EN LA COMPRENSIÓN POLÍTICA DE UNA SOCIEDAD MODERNA	16
1. LA FUNCIÓN DEL DERECHO Y LA FUNCIÓN JUDICIAL	17
2. PRESUPUESTOS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.	28
B. LA FORMACIÓN DEL BIEN JURÍDICO	36
1. PRECISIONES METODOLÓGICAS.	37
2. CONSTRUCCIONES TRADICIONALES DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.	52
3. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO PRESUPUESTO ESPECÍFICO DE LA LIBERTAD GENERAL DE ACCIÓN EN UNA SOCIEDAD COMPLEJA	63
4. AFECCIONES A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INFRINGIENDO UN DEBER ESPECÍFICO Y AFECCIONES INFRINGIENDO DEBERES GENERALES JUSTIFICADOS EN CONTEXTOS ESPECIALES.	78
C. CONCLUSIÓN	81
CAPÍTULO II LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO VIGENTE	82
A. LA SISTEMATIZACIÓN DEL CÓDIGO PENAL	83
B. TRATAMIENTO DE LOS TIPOS MÁS RELEVANTES EN EL CÓDIGO PENAL	87
1. LAS FORMAS DE PREVARICACIONES GENÉRICAS EN EL CÓDIGO PENAL, Y OTROS DELITOS POR COMPETENCIA INSTITUCIONAL	87
2. EL FALSO TESTIMONIO, EL PERJURIO Y LA ACUSACIÓN CALUMNIOSA	117
3. LA OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA, Y OTROS TIPOS RELACIONADOS CON LA CATEGORÍA	127
4. OTROS TIPOS RELEVANTES	132
5. EL ENCUBRIMIENTO	133
C. LEGISLACIÓN RELEVANTE	134
1. LA QUERRELLA DE CAPÍTULOS Y LAS REGLAS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES	135
2. LA ACCIÓN DE REVISIÓN	136
D. CONCLUSIÓN	140
CAPÍTULO III. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL, ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL CAMBIO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	142
A. INTRODUCCIÓN	142
B. SISTEMATIZACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL CÓDIGO PENAL	143
1. JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA SISTEMATIZACIÓN DEL ANTEPROYECTO	145

C. PROBLEMAS DE TIPIFICACIÓN EN EL DERECHO VIGENTE Y SOLUCIONES DEL ANTEPROYECTO	149
1. LA PREVARICACIÓN	149
2. EL ENCUBRIMIENTO, LA RECEPCIÓN Y EL LAVADO DE DINERO	154
3. LA OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA	157
4. FALSO TESTIMONIO Y PERJURIO	160
5. PREVARICACIÓN DEL ABOGADO	161
D. CONCLUSIÓN	162

CAPÍTULO IV. PROBLEMAS GENERALES DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL EN LO RELATIVO A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA **164**

A. INTRODUCCIÓN	164
B. ¿JUSTIFICACIÓN SUSTANTIVA DEL ANTEPROYECTO?	166
1. IMPOSIBILIDAD DE RECONducIR TODOS LOS TIPOS A UN MISMO OBJETO DE PROTECCIÓN	167
2. INEXISTENCIA DE JUSTIFICACIÓN SUSTANTIVA DE ALGUNAS AMPLIACIONES DE PUNIBILIDAD	173
3. LA DETERMINACIÓN DE LA PENALIDAD: PENALIDAD AUXILIAR POR AFECCIÓN A BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES	179
C. SISTEMATIZACIÓN DEL ANTEPROYECTO	183
1. LA SISTEMATIZACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO COMPARADO	185
2. MÚLTIPLES MODELOS	194
3. EL PROBLEMA DE LAS RELACIONES ENTRE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	198
4. SISTEMATIZACIÓN COMO IDENTIFICACIÓN DE DEBERES V/S SISTEMATIZACIÓN COMO AMPLIACIÓN Y ARMONIZACIÓN DE SANCIONES.	202
D. CONCLUSIÓN	204

CAPÍTULO V. PROBLEMAS ESPECIALES DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL, TRATAMIENTO DE LOS TIPOS MÁS RELEVANTES **207**

A. INTRODUCCIÓN	207
B. PROBLEMAS DE REDACCIÓN LEGISLATIVA EN LA SECCIÓN DE PREVARICACIONES	209
1. LA PREVARICACIÓN DE LOS JUECES	209
2. LA PREVARICACIÓN DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO	213
3. LA PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	218
C. ENCUBRIMIENTO Y OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA	219
1. EL ENCUBRIMIENTO EN EL ANTEPROYECTO	219
2. LA OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA	225
D. FALSO TESTIMONIO, PRESENTACIÓN DE PRUEBAS FALSAS Y PERJURIO	229
1. FALSO TESTIMONIO	229
2. LA PRESENTACIÓN DE PRUEBAS FALSAS	230
3. LA NECESIDAD DE UN TIPO ESPECIAL DE INDUCCIÓN AL FALSO TESTIMONIO	232
E. CONCLUSIÓN	232

CAPÍTULO VI. HACIA UNA PROPUESTA ALTERNATIVA DE TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	235
A. INTRODUCCIÓN	235
B. IDENTIFICACIÓN DE EXPECTATIVAS QUE REQUIEREN DE ESTABILIZACIÓN ESPECÍFICA, SISTEMATIZACIÓN, Y OTRAS DECISIONES GENERALES	236
1. LAS FORMAS DE JUSTIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LA CREACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	237
2. IDENTIFICACIÓN DE CONDUCTAS QUE CUMPLEN CON LOS REQUISITOS DE JUSTIFICACIÓN	240
3. SISTEMATIZACIÓN	246
C. TIPIFICACIÓN PARTICULAR	248
1. DELITOS FUNCIONARIOS	248
2. AFECCIONES SIMPLES A LA PERSECUCIÓN PENAL: AFECCIONES FUNCIONARIAS, ENCUBRIMIENTO Y OTRAS CONDUCTAS	250
3. OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA	253
4. FALSO TESTIMONIO Y PRESENTACIÓN DE PRUEBAS FALSAS	256
5. DESLEALTAD PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL PROCESO	258
CONCLUSIÓN	260
BIBLIOGRAFÍA	266
ANEXO I. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL	273
ANEXO II. TIPOS RELEVANTES DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN LA CONSIDERACIÓN USUAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	280
ANEXO III: NORMAS RELEVANTES EN EL DERECHO COMPARADO RELATIVAS A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	287
A. CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	287
B. CÓDIGO PENAL ALEMÁN	297
ANEXO IV. PROPUESTA DE TIPIFICACIÓN ALTERNATIVA	313

INTRODUCCIÓN

1. El presente trabajo tiene por objeto evaluar críticamente la regulación de los delitos contra la Administración de Justicia y proponer mejoras en su regulación vigente, así como respecto de su tratamiento en el Anteproyecto de Código Penal.

Como es sabido, el 2002 se constituyó por encargo del Ministerio de Justicia la llamada Comisión Foro Penal, cuya función era entregar un documento articulado que sirviera para conformar un proyecto de Código Penal que reemplazara al código vigente, al que se estimaba obsoleto. El trabajo de la Comisión terminó en 2005, haciendo entrega en noviembre de ese año de un Anteproyecto de Código Penal al Ministerio de Justicia.

Este Anteproyecto, en un esfuerzo re-codificador valioso, intenta hacerse cargo de las deficiencias de la codificación actual, pretendiendo llevar a cabo un tratamiento ordenado, sistematizado y completo de parte importante de los delitos que contempla actualmente nuestro sistema penal. Con ello la Comisión intenta solucionar dos deficiencias actuales importantes. En primer lugar, intenta solucionar la falta de sistematización consistente del Código Penal, la que crea una serie de problemas de imputación por la dificultad de reconocer el objeto de protección en ciertos casos, o por la dispersión de tipos con el mismo objeto de protección en otros.¹ Y en segundo lugar, intenta corregir los problemas creados por la dispersión de leyes penales especiales, muchas de las cuales son sumamente importantes y aplicadas. Este problema, además de crear dificultades en la construcción de interpretaciones consistentes, genera dificultades en el conocimiento de las conductas prohibidas o mandadas, lo que es criticable desde el punto de vista del principio de legalidad interpretado como garantía de imparcialidad para con los ciudadanos.² Si bien, prudentemente, la Comisión no tuvo en mente refundir toda la legislación penal especial, al menos sí lo

¹ Ello es particularmente intenso en la sistematización de los delitos contra la libertad y de los delitos sexuales. Sobre lo segundo, ver **Bascuñán, Antonio**, Problemas básicos de los delitos sexuales, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile (número especial), Agosto 1997, páginas 78 y siguientes.

² Sobre la justificación del principio de legalidad, ver **Roxin, Claus**, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos y Estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas 1997, páginas 137-139; **Huerta Tocildo, Susana**, El Derecho Fundamental a la Legalidad Penal, páginas 83 y siguientes.

hace, o pretende hacerlo, respecto de aquellas categorías de delitos más trascendentes a juicio de la Comisión.

Una de las consecuencias más importantes de las dos decisiones descritas, es que la Comisión conscientemente trató en la mayor fracción de la Parte Especial delitos que escapan a la comprensión del derecho penal como protector de intereses individuales. Siguiendo así el desarrollo que ha tenido el derecho penal legislado reciente, cuya manifestación más importante para nuestra tradición es el Código Penal Español de 1995, la Comisión le asignó un valor central al tema de los delitos que afectan intereses colectivos. En algunos casos este tratamiento se limita a reorganizar y mejorar la legislación vigente desde el siglo XIX. En otros, derechamente sigue la corriente expansionista³ e incrementa la cantidad de preceptos penales que protegen este tipo de intereses, incluyendo secciones enteras que agrupan tipos contra los intereses que han resultado característicos y ejemplares, en un lado y otro, en la polémica sobre la expansión. Así, por ejemplo, el parágrafo 1 del Título IX de la Parte Especial se propone regular sistemáticamente los delitos contra el medioambiente. De la misma forma el Título XIII agrupa una serie de tipos que en su propia comprensión se refieren a intereses económicos supra-individuales. Estas clases de delitos se enmarcan directamente en la polémica de la expansión de tipos penales que protegen intereses difusos, y respecto de ambas categorías pueden encontrarse en el derecho comparado, e incluso en Chile, una literatura amplia que se refiere tanto a la conveniencia como a la injustificabilidad de tipos de esta especie.

Con un proyecto que intentar hacerse cargo y posicionarse tan marcadamente dentro del que seguramente es el tema de discusión más expandido de Parte Especial en la actualidad, la doctrina ha concentrado el debate casi completamente respecto de los

³ Pese a que existe una relación fuerte entre protección de bienes jurídicos colectivos, ver nominales, y expansión del derecho penal, la crítica central a la expansión –una crítica casi puramente historicista– es una crítica ajena a la categoría de bienes jurídicos que se expondrá en este trabajo. Sobre la crítica central a la expansión, ver **Silva Sánchez, Jesús María**, La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales; Civitas, Madrid, 2001; **Silva Sánchez, Jesús María**, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, José María Bosch, Barcelona, 1992. Cap. II. El Derecho Penal contemporáneo, páginas 15-17; Gunther, Hassemmer, Prittwitz; **Cancio Meliá, Manuel**, Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, páginas 121-147.

delitos contra intereses colectivos que pueden enmarcarse en la “expansión”.⁴ En el contexto de una tentativa de re-codificación, concentrarse en una discusión de este tipo es a la vez sensato, puesto que la posición frente a la expansión llega a definir la identidad misma del Derecho Penal, y arriesgado, ya que puede llevar a omitir una discusión doctrinal seria sobre los otros tipos que se refieren a intereses colectivos justamente cuando más se la requiere.

Este trabajo tiene por pretensión contribuir - desde la particular perspectiva de lo no particularmente conflictivo ni particularmente relevante y, por lo mismo, *negligé*- al debate de Parte Especial del proceso de re-codificación que se encuentra en desarrollo. Es por ello que no se refiere a temas relacionados directamente con tipificación expansiva, sino derechamente a una categoría a la que, al menos como grupo identificado ex post, se le conoce desde las primeras codificaciones. Se trata de evaluar el Anteproyecto de Código Penal en lo relativo a los Delitos contra la Administración de Justicia.

Más adelante en la introducción volveremos sobre esto, de forma de presentar el tema específico de modo más completo. Pero antes es necesario realizar algunas precisiones metodológicas para solucionar problemas que se presentan en un proyecto de este tipo. En particular, se trata de precisar la perspectiva a adoptar, las limitaciones que asumir esa perspectiva implica, y la determinación de la extensión del campo de estudio.

2. En la evaluación de un proyecto legislativo no resulta difícil entender que la perspectiva a adoptar es necesariamente, casi tautológicamente, la perspectiva del

⁴ Así por ejemplo, Cfr. **Bascuñan Rodríguez, Antonio**, Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005, en Estudios Públicos, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales N° 110, Centro de Estudios Públicos, 2008; **Matus, Jean Pierre**, Fundamentos de la propuesta de la Comisión Foro Penal para la protección penal del medio ambiente, en Estudios Públicos, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales N° 110, Centro de Estudios Públicos, 2008; **Villegas D., Myrna**, Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal, Polít.crim. n°2, A3, 2006, [<http://www.politicacriminal.cl>]; en relación con el mantenimiento de un sistema penal concentrado en la punición de las clases bajas. Desde la particular perspectiva del análisis jurídico a partir de consideraciones de criminología social, ver **Fernández, José Ángel**. El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad. Polít.crim n°1, A5, 2006. [<http://www.politicacriminal.cl>]

legislador. El objeto de un trabajo de este tipo, por ello, no puede limitarse a ser un análisis descriptivo de los tipos vigentes, de forma de explicarlos y proponer una interpretación correcta de éstos. Presentar una reconstrucción racional de la legislación vigente para permitir una aplicación uniforme y reflexiva del derecho a los jueces no es el objeto de un trabajo legislativo sino que de un trabajo dogmático, el que por necesidad tiene que trabajar sobre derecho vigente y no sobre proyectos que no tienen vigencia normativa. Por ello, por posicionarse en principio exclusivamente en la perspectiva del adjudicador, un trabajo dogmático puro tendría que asumir ciertas limitaciones en su exposición propias del razonamiento jurídico, las que se intensifican en materia penal por las limitaciones que le imponen a la argumentación jurídica los principios legitimadores del *Ius Puniendi*. Es decir, la actividad judicial, que ya por naturaleza tiene un cierre al menos parcial a consideraciones morales desinstitucionalizadas, se encuentra particularmente limitada en sus pretensiones críticas en materia penal, lo que, al menos de *lege lata*, se traspasa a la dogmática. Trabajar sobre una forma de razonamiento dogmática no puede ser, por lo tanto, la metodología correcta en la evaluación de un proyecto legislativo.⁵

El objeto directo de este trabajo no es el derecho vigente, sino la reforma en curso a éste, con lo que las limitaciones disminuyen. La posibilidad -algunos quisieran creer que la inminencia- de una re-codificación del Derecho Penal implica la necesidad de un cambio provisional de la perspectiva del estudio del derecho penal. Ya no se trata de **reconstruir** correcta y verosímilmente el derecho vigente, sino que directamente de **construir** correctamente la normativa penal, en este caso centrado casi exclusivamente en los tipos que el Anteproyecto agrupa como “Delitos contra la Administración de Justicia”. Asumiendo esta perspectiva, las limitaciones y las necesidades del estudio mutan y se concentran en otros puntos. Mientras parte de los principios argumentativos que eran esenciales al asumir la perspectiva del juez, en

⁵ Pese a lo evidente que pueda parecer esta conclusión negativa, es usual que trabajos sobre proyectos legislativos asuman una perspectiva dogmática, sea por desconocimiento o cómo una cuestión estratégica. Baste recordar como ejemplo la insistencia de la mayoría de los participantes en el proceso de discusión de uniones entre homosexuales, que ésta no podía tener la forma de matrimonio, ya que el artículo 102 del Código Civil lo define cómo un “contrato solemne en que un hombre y una mujer se unen (...)”, y que por lo tanto o bien no era posible reconocerle estatus legal, o bien su estatus legal tenía que ser categóricamente distinto del matrimonio.

particular el principio de legalidad, ya no tienen una función inmediata importante, otros principios que sólo eran aplicables en extremo pasan a ser lo central en el estudio de una propuesta legislativa. En el discurso penal ello se manifiesta formalmente en todos los contenidos del principio de proporcionalidad y la exclusiva protección de bienes jurídicos⁶, pero ello no significa más que asumir directamente y de forma mucho más intensa la necesidad de justificación moral y político criminal del estudio que se propone. El giro de un estudio centrado en la Argumentación Jurídica a uno centrado en la Teoría de la Legislación⁷ no expresa más que una mutación en las limitaciones sustantivas al razonamiento y una apertura en sus limitaciones formales.

Por cierto, lo anterior no significa en ningún sentido que el estudio deba ser ciego a la posición del juez. La posición del juez sigue siendo determinante, puesto que se trata de la posición del destinatario primario de la norma que se crea. Por ello, el estudio no se puede cerrar, tampoco, a ver los problemas de imputación que pueda generar la regulación. La posición del juez sigue siendo sumamente relevante para el estudio, pero ya no es la única posición que debe ser tomada en cuenta. El estudio legislativo no se cierra a la perspectiva del juez, tiene que evaluarla de modo relevante, pero tampoco se cierra en ésta, por lo que le priva de su status de exclusividad.

3. Las fuertes limitaciones que asumir la perspectiva del legislador implican para un proyecto de este tipo, no agotan las necesidades de delimitarlo. Con ello sólo se puede entregar un modelo metodológico general de razonamiento que le otorgue consistencia y, de ser correcto, validez como proyecto, pero deja inconclusa la necesidad de cierre del trabajo, lo que es sumamente importante cuando se quiere revisar y proponer una categoría exhaustiva.

⁶ Sobre el particular, **Ferrajoli, Luigi**, Derecho y Razón: teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 2001, páginas 465-468; **Roxin, Claus**, Op.Cit N° 2, páginas 51 y siguientes; **Alcacer Guirao, Rafael**, Sobre el concepto de delito. ¿Lesión del Bien Jurídico o Lesión de Deber?, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003 página 16

⁷ Con mayor detalle respecto de las diferencias en el razonamiento en uno y otro caso, **Atienza, Manuel**, Contribución a una Teoría de la Legislación, Editorial Civitas, Madrid, 1997, páginas 32 y siguientes y 95 y siguientes.

Desde ya, es importante ver que en la revisión y evaluación de un proyecto de modificación de un área de la Parte Especial, lo sistematizable o sistematizado de una forma determinada no puede ser lo único que determine lo que se evalúa si es que se quiere criticar la forma de sistematización, o mantener esa posibilidad. Dicho de otra forma, si lo que se quiere es revisar y evaluar una propuesta de codificación de delitos sistematizados de una forma determinada (i.e. delitos contra la administración de justicia), tienen que mantenerse métodos amplios y flexibles de determinar lo que es preciso evaluar. Ello no puede limitarse a lo que se haya sistematizado de una forma determinada en el proyecto que se evalúa, porque así haría al menos parcialmente irrefutable la clasificación, lo que no es aceptable en una revisión completa. Pero tampoco puede limitarse a la sistematización que el evaluador resuelva que resulta más acertada, puesto que de esta forma no podrían explicarse las exclusiones del sistema de ciertos tipos, con lo que en definitiva no podría justificarse la propuesta de re-sistematización. Un trabajo que tenga pretensiones de revisar de forma exhaustiva un sector de un proyecto de este tipo debe poder dar cuenta de los tipos esenciales que sean agrupables bajo una sistematización correcta, pero también debe poder explicar de forma suficientemente completa porqué excluye otros tipos que fueron incluidos bajo la sistematización criticada.

Ello significa que, parafraseando una de los lugares comunes más expandidos de la teoría del derecho, el trabajo debe mantener un ir y venir constante. Por un lado necesita, para ser político-criminalmente justificable, mantener una referencia constante al criterio de clasificación y fundamentación más adecuado, sea bajo una reconstrucción del bien jurídico o de otro factor. Pero por otro lado debe revisar de forma detallada y precisa cada uno de los tipos que se proponen, y mostrar de qué forma son correctos como individuos, y como se encuentran bien sistematizados como conjunto, o demostrar como son injustificables como individuos en sí, o al menos como no pueden formar parte de la categoría en cuestión, puesto que no tienen ninguna relación de familiaridad con el todo.

Esta definición metodológica no implica, sin embargo, que en este trabajo se vayan a revisar todos los tipos de la categoría. Varios de ellos requieren de discusiones

específicas, que exceden el ámbito de interés de este trabajo, por lo que serán excluidos no por resultar irrelevantes, sino por resultar imposible tratarlos a todos.

La definición metodológica en cuestión implica que se necesita desarrollar preliminarmente, al menos, dos trabajos precisos. Por un lado una crítica a la sistematización, y con ello una discusión exhaustiva sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración de Justicia, y por otro lado una revisión de cada uno de los tipos incluidos por el Anteproyecto en su sección sobre delitos contra la Administración de Justicia, con excepción de aquellas clases que resulten excesivas. Particularmente, por su importancia tradicional y funcional, se trata de revisar los supuestos de prevaricación, no sólo en lo relativo a los jueces sino a otros partícipes de procesos civiles y penales que se pretenda pueden cometer este tipo; el encubrimiento y la obstrucción a la justicia; el falso testimonio y el perjurio; y finalmente otros tipos que puedan afectar este bien jurídico, o que sea posible encontrar en el derecho vigente, en el Anteproyecto, y en el derecho comparado. Todo ello se verá en su momento.

4. La determinación de la perspectiva que debe asumir un estudio de un texto normativo, junto con las formas de determinar su extensión dentro de la materia que se evalúa, permiten contar con un hilo de Ariadna para desarrollar el plan del cuerpo de un trabajo que, pese a su extensión, se despliegue consistentemente, del mismo modo que la determinación de la posición del narrador en una historia más o menos premeditada se lo permitiría a un novelista. Es decir, la predeterminación de esas materias no es una condición suficiente de la consistencia del trabajo, pero sí es siempre una condición necesaria tanto de la consistencia argumentativa del trabajo, como de su capacidad de permitir ser seguido (*followability*).

Por ello, a la luz de lo expuesto más arriba, en un primer capítulo se trabajará sobre el criterio de sistematización “delitos contra la Administración de Justicia”. Ello hace necesario referirse en primer lugar, de forma pura, no ligada completamente a categorías de la dogmática penal, a la Administración de Justicia como bien jurídico o como categoría funcional de deberes, es decir, a grandes rasgos, a la actividad que

desarrollan los jueces en la sociedad. Sólo analizándola en sí se puede tener una comprensión suficiente del objeto de protección y de sus formas de ataque, así como de la justificación de su protección. En segundo lugar se trata de revisar el objeto de protección ahora bajo criterios jurídico penales. Es decir debe analizarse ahora no como categoría funcional pura, sino como objeto de protección mediante normas de sanción penales, como bien jurídico.

En el segundo capítulo, y ya mediado por la mejor comprensión posible del objeto de protección y del criterio de clasificación, se hará un análisis sintético de los tipos individuales que afectan a la Administración de Justicia en el derecho vigente, como presupuesto necesario para entender y evaluar el cambio que propone el Anteproyecto.

En un tercer capítulo se hará un análisis breve y sin pretensiones críticas del Anteproyecto, de forma de poder explicar correctamente el cambio, sin asumir directamente la pretensión crítica de este trabajo. Ello también constituye un presupuesto necesario para poder llevar a cabo una crítica efectivamente útil y conclusiva.

En el cuarto capítulo se asumirá derechamente la crítica al Anteproyecto, llevando a cabo una crítica de los problemas prescriptivos y sistemáticos generales que pueden identificarse, aún en su mejor versión, por contraste con una comprensión correcta del objeto de protección.

El quinto capítulo intentará llevar a cabo una crítica específica de problemas adscriptivos y prescriptivos creados, en particular, por la redacción legislativa individual de los tipos. La distinción entre la crítica del cuarto capítulo y la crítica del quinto capítulo no será una distinción de problemas adscriptivos y prescriptivos, sino de una hermenéutica de partes y de una hermenéutica del todo.

Finalmente en el sexto capítulo, y a la luz de todas las consideraciones anteriores, se terminará de configurar una propuesta con una sistematización adecuada y

proponiendo una reconstrucción de los tipos analizados que resulte funcional y político criminalmente sostenible a la luz de las limitaciones impuestas por los principios legitimadores de la persecución penal.

De la exposición del plano general del trabajo puede verse que dos de los objetivos centrales del trabajo, la crítica y la propuesta de una nueva categoría de delitos contra la Administración de Justicia, no comienzan enseguida, sino que se desarrollan tras un largo trabajo preliminar. Sin embargo, ese trabajo preliminar, que en apariencia puede parecer demasiado largo y excesivamente ajeno, es esencial para poder construir una categoría racionalmente determinada. Por ello es necesario, desde ya, pedir algo de paciencia al lector, no bajo la promesa de que el final va a justificar la espera, cuestión indeterminable para quien construye el trabajo, pero sí bajo el compromiso que las distintas partes del trabajo tienen un vínculo hermenéutico fuerte, de forma tal que sólo a la luz de la parte preliminar adquieren sentido la crítica y la propuesta.

CAPÍTULO I LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La existencia de una categoría de “Delitos contra la Administración de Justicia” requiere poder identificar un criterio de sistematización que exceda meras intuiciones, y que permita reconocer un objeto de protección al que en un grado alto de abstracción puedan ser reconducidos los tipos pertinentes.

Para poder identificar con claridad el mejor criterio de sistematización aplicable a los tipos en estudio, y que permita poder excluir aquellos que no pueden ser reunidos en esta categoría, es necesario analizar varias cosas con anterioridad. En primer lugar el carácter lesivo de estas conductas, para ser entendido con precisión, requiere poder comprender desde el punto de vista de la configuración de nuestra sociedad cual es la importancia institucional de la actividad de los jueces, cual es la forma de ejercicio correcto de su oficio, y de qué forma un ejercicio incorrecto de su función puede resultar dañoso social e individualmente. Esto es, referirse en su propio contexto a la administración de justicia o, en la fórmula de la introducción, referirse al objeto de protección sin recurrir aún al lenguaje propio del derecho penal, para luego insertar el estudio preliminar en categorías propias de la dogmática penal. Una vez analizado esto, pueden presentarse las distintas formas bajo las que es posible agrupar estos delitos, para proponer la mejor forma de sistematización aplicable a nuestra tradición. Pero sólo de esta forma, sólo analizando con anterioridad el objeto normativo de protección, puede intentar configurarse un criterio adecuado de sistematización de los tipos en cuestión.

A. La actividad de los jueces en la comprensión política de una sociedad moderna

Para poder entender el objeto de protección en los llamados delitos contra la Administración de Justicia es necesario poder identificar con claridad dos cosas. En primer lugar, es necesario identificar la prestación que a la sociedad y a los individuos entrega la actividad de los jueces, y en segundo lugar identificar las condiciones que debe reunir la administración de justicia para la realización de esa prestación en una

sociedad republicana moderna, para así entender la forma en que puede afectarse el cumplimiento de su función.

1. La función del Derecho y la función judicial

a. Vínculo conceptual e histórico entre función del Derecho y función judicial

La prestación que cumple la actividad judicial, desde el punto de vista de la configuración de la sociedad, coincide, al menos parcialmente, con la función que le asignamos al Derecho. La actividad judicial se define usualmente precisamente en relación con el Derecho: no se trata sino de la actividad que tiene por objeto aplicarlo.⁸

Al parecer no ser más que manifestación institucional de la idea puramente normativa de Derecho, la administración de justicia manifiesta una dependencia conceptual respecto de éste. Aún en su comprensión más simple, la administración de justicia es dependiente de la concepción del Derecho no sólo por tratarse de la encargada de su aplicación, sino que además porque se encuentra configurada por éste y creada por éste. Por ello función del Derecho y función de la administración de justicia tienen necesariamente un campo de coincidencia, al menos, parcial.

La dependencia entre administración de justicia y Derecho, sin embargo, no es puramente unilateral, lo que manifiesta con aún mayor fuerza la casi-coincidencia funcional necesaria entre Derecho y administración de justicia. La administración de justicia, incluso entendida simplemente como órgano, es un presupuesto necesario de

⁸ Desde Kelsen es, por cierto, complejo distinguir de forma tan fuerte entre producción y aplicación del derecho. Todo acto de una cadena de validez es, lógicamente, producción y aplicación del derecho, a excepción de ambos extremos, de los que no forma parte ni la producción típica de éste (la ley), ni la aplicación típica de éste (la sentencia judicial). Sobre lo anterior, ver **Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho**, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, páginas 246 y siguientes. Por la razón anterior, suele discutirse la idea de que la función judicial sea simplemente la aplicación de la ley. Ver por ejemplo **Atria, Fernando, Jurisdicción y Estado de Derecho**, página 13, y páginas 33 y siguientes, para una caracterización más correcta de lo que constituye la aplicación de la ley.

la idea de Derecho, ya que permite su exigibilidad.⁹ En ese sentido, y pese a que parezca intuitivamente que se trata de dos conceptos fácilmente discernibles, Derecho y administración de justicia manifiestan una dependencia recíproca tan fuerte que hace parecer ilusoria la distinción entre ambos. Tanto el normativismo radical como el realismo radical, de hecho, defienden su confusión.¹⁰

Por lo mismo, la función de la administración de justicia reproduce, al menos, una parte de la función del Derecho. Ya en la construcción de la idea misma de una función estatal específicamente aplicadora de Derecho, se manifiesta conceptualmente la vinculación de la función de lo que debe ser aplicado, con la prestación que se entrega al aplicarlo. La vinculación conceptual abstracta se manifiesta, asimismo, en tradiciones jurídicas determinadas y en la historia de las instituciones. Bajo tradiciones o paradigmas determinados, la función que se le asigna al Derecho repercute necesariamente en la forma que tiene que asumir la administración de justicia. Esta vinculación se manifiesta históricamente de forma particularmente fuerte en la Ilustración. A la concepción continental de la Ilustración de la función del Derecho como coacción necesaria para la compatibilidad y el ejercicio de la libertad¹¹, subyace precisamente la idea de la separación de poderes y del ejercicio independiente de la función judicial como condición necesaria del cumplimiento de la función del Derecho. Esta forma de estructuración institucional de

⁹ **Habermas, Jürgen**, Facticidad y Validez, Editorial Trotta, cuarta edición, Madrid 2005, página 200 y siguientes.

¹⁰ Como se verá más adelante, en materia de bien jurídico manifestar una confusión entre ambos, y constituir a los delitos contra la Administración de Justicia en delitos contra el Derecho conduce a un absurdo importante. Ello lleva necesariamente a tener que, o bien, distinguir entre Administración de Justicia, como bien jurídico, y administración de justicia, como concepto autónomo, o bien tener que defender la diferencia conceptual entre Derecho y administración de justicia. Pese a que del trabajo puede deducirse, correctamente, que presupone una distinción como la segunda, hacer el trabajo argumentativo correspondiente excede el interés y las posibilidades del presente trabajo. Por ello debe asumirse que, al menos, hay una distinción necesaria entre “Administración de Justicia” –concepto penal - y “administración de justicia” – concepto de teoría del derecho.

¹¹ **Montesquieu**, De l'Esprit des Lois, Collection Folio Essais, Gallimard, 1995, páginas 327 y siguientes. En materia penal ello corresponde a la fundamentación de Feuerbach de la pena, inspirada en la filosofía kantiana del derecho. A su vez, la concepción kantiana del derecho es central en la comprensión de las relaciones entre derecho, libertad y moralidad en la filosofía ilustrada. Sobre ello, ver **Kant, Immanuel**, La Metafísica de las Costumbres, Tecnos, Madrid 2002. Respecto de la conexión con Feuerbach, **Jakobs, Günther**, La Pena Estatal: Significado y Finalidad, en del mismo El Fundamento del Sistema Jurídico Penal, ARA Editores, Lima, 2005, páginas 32 y siguientes.

la administración de justicia, que puede parecer intuitiva en la actualidad, sólo es conceptualmente necesaria bajo esa construcción del Derecho y, de hecho, fue este cambio en la comprensión de su función el que llevó a una estructuración institucional de este tipo. Como presupuesto de aplicación, la separación de poderes sólo es necesaria para permitir la libertad de los ciudadanos, e incluso puede ser contraproducente al establecimiento de un Estado externamente fuerte. En su exposición, Montesquieu es sumamente claro al vincular la separación de poderes al objetivo específico de permitir el ejercicio de libertades, utilizando reiteradamente expresiones como “*il n’y a point de liberté*”¹² cuando se reúnen dos o más poderes. La separación de poderes como condición esencial del ejercicio de la actividad judicial no tiene una explicación funcional para la maximización de la eficacia del poder, sino una justificación relativa a la libertad de los ciudadanos, y por ello nace con la identificación de una función liberal del Derecho.

La ideología de la Revolución Francesa, y la institucionalización de ésta, marcaron de forma mucho más fuerte esta relación. Conforme a ésta, el Derecho no sólo sería una condición para el ejercicio de la libertad, necesario para articular el posible conflicto de varias libertades en juego, sino que además el Derecho sería directamente una manifestación de la libertad de los ciudadanos.¹³ Por ello, la administración de justicia no sólo debe configurarse como poder independiente, sino que además ésta agota sus posibilidades de actuación en la aplicación puramente mecánica de la ley. Cualquier forma de creación o de discreción de los jueces sería manifestación de su voluntad y, por lo tanto, no de la voluntad general, expresión de la libre determinación ciudadana. Ello la haría injustificable.¹⁴ El rechazo a la discrecionalidad y a la concesión de facultades creativas al juez dio lugar a la instauración de un sistema institucional en el que en cualquier caso difícil, en que la ley no resultara claramente aplicable o existiera

¹² **Montesquieu**, *Ibíd.* La mejor traducción de esta expresión al español es, tal vez, simplemente “No hay libertad”. Pero la fórmula que elige Montesquieu tiene por objeto reforzar la idea de lo que falta, por sobre la mera negación “*il n’y a pas de liberté*”. Por ello, la traducción literal de la idea sería “no hay nada de libertad”, lo que sintácticamente parece incorrecto.

¹³ **García de Enterría, Eduardo**, La Democracia y el lugar de la Ley, Civitas, Madrid, páginas 29 y siguientes.

¹⁴ **García de Enterría**, *Ibíd.* página 38-41. En materia penal, particularmente relevante desde un punto de vista histórico **Beccaria, Cesar**, De los Delitos y las Penas, Fondo de Cultura Económica, México 2000, página 220.

un conflicto de normas, el juez debía dirigirse a la Asamblea Legislativa, representante formal del pueblo, para que ésta se manifestara respecto de la verdadera interpretación de la ley en cuestión, o solucionara eventuales vacíos legales.¹⁵ Este es probablemente el ejemplo más fuerte de la vinculación necesaria entre la concepción de la función del Derecho y la configuración de la actividad judicial, así como de la influencia directa que la concepción que se tenga de la función del derecho tiene sobre lo que constituye deberes y prohibiciones de la administración de justicia.

Pese a la superación, desde la teoría de la argumentación jurídica, de la posibilidad de un positivismo puramente legalista, esto es de la calificación del juez como un mero aplicador mecánico de leyes¹⁶, la justificación liberal del Derecho sigue siendo, en una sociedad republicana y democrática, la más forma más verosímil de reconstruir la función de éste, sobre todo a la luz del mantenimiento de una configuración institucional parcialmente vinculada a la concepción ilustrada, en virtud de la cual el postulado de que la administración de justicia tiene por objeto posibilitar la libertad general de acción sigue siendo su mejor justificación.

Sin embargo, desde el punto de vista de la configuración liberal del Derecho Penal, entender que la posibilitación del ejercicio de la libertad es el objeto de protección de una clase de delitos determinada, es una respuesta demasiado vaga e imprecisa como para ser aceptable. La justificación liberal del Derecho Penal derivada de la Ilustración precisamente constituye a todos sus bienes jurídicos, en algún nivel, en objetos de protección de la libertad general de acción.¹⁷ Convertir a los delitos contra la Administración de Justicia en una especie de meta-categoría que protege todos los otros bienes jurídicos y a la libertad general de acción, no sólo daría lugar a una construcción poco interesante por no tener posibilidad de aplicación alguna, tal como

¹⁵ Sobre el *Référé Legislatif*, ver **García de Enterría**, *Ibíd.*, **Atria, Fernando**, Op.Cit. N° 9, páginas 18 y siguientes.

¹⁶ Sobre lo anterior, ver **Atria, Fernando**, *Ibíd.*, páginas 14 y siguientes.

¹⁷ Esta consideración es la que constituye la dificultad en la demarcación de la libertad como objeto general de protección y la libertad como bien jurídico especial, ya que “estrictamente considerado, todo delito es un delito contra la libertad”, **Tittmann, Karl August**, Contribuciones a la doctrina de los delitos contra la libertad, Meißen, 1806, (traducción de Bascuñán Rodríguez, Antonio); ver también **Carrara, Francesco**, Programa de Derecho Criminal, Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1958, páginas 323 y siguientes.

lo sería constituir a los delitos contra la libertad en una categoría omnicomprendiva o subsidiaria¹⁸, sino que además sería sumamente inverosímil por la especificidad de los delitos contra la Administración de Justicia.

b. La función de la administración de justicia en la sociología

Para entender de forma más directa en qué nivel la función judicial incide sobre la libertad general, y, a partir de ello qué presupuestos se requieren para que la administración de justicia cumpla con su función, la sociología moderna y la filosofía política entregan instrumentos más precisos de análisis. A la respuesta, que para estos efectos es tautológica, de que la función del derecho es, a partir de un mínimo de coacción necesaria, permitir el ejercicio de la libertad, la sociología moderna ha formulado de forma más precisa en qué sentido el Derecho, y por lo tanto actividad de los jueces, es necesaria al funcionamiento de una sociedad moderna que le reconoce capacidad de acción libre al individuo.

Desde este punto de vista, para entender la prestación que realiza el Derecho hay que situarse, en primer lugar, en el problema de la coordinación de la acción en sociedades modernas. Si se le concede a cada individuo la posibilidad de definir libremente sus intereses, y así trazar libremente un plan de acción, de la multitud de planes de acción que puedan trazarse para perseguir intereses congruentes, excluyentes o contradictorios con los de los otros con quienes se tienen contactos anónimos, necesariamente surgen conflictos voluntarios e involuntarios entre los agentes a quienes, teóricamente, se les otorgaba la posibilidad de conseguir la satisfacción de esos intereses mediante sus planes de acción.¹⁹ Esto es, si en una sociedad moderna la acción no tiene un marco de orientación para los agentes, la posibilidad del ejercicio de la libertad da lugar a una serie de situaciones de conflicto y, al extremo, a una situación de conflicto permanente. Ni siquiera presuponiendo racionalidad finalista sofisticada de todos los agentes y conocimiento de los intereses

¹⁸ Sobre el particular, ver **Bascuñán Rodríguez, Antonio**, La regulación española de la coerción en el marco de la codificación europea, en ADPCP, Madrid, 1994, páginas 266 y siguientes.

¹⁹ Ver por ejemplo **Weber, Max**, Economía y Sociedad, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, México, 1969, páginas 21 y siguientes.

de los otros –lo que además se ve limitado por el relativo anonimato del intercambio-, podría evitarse esta situación de conflicto, porque pese a que un agente podría prever formas de acción que eviten conflictos con quienes tengan intereses cercanos, para así satisfacerlos de mejor forma, la posibilidad de que también el otro anticipe esta situación daría lugar a comportamientos estratégicos de parte de ambos que finalmente llevarían de vuelta al conflicto. Los comportamientos se volverían impredecibles aún con conocimiento perfecto, y ello imposibilitaría la libertad de acción.²⁰ Por ello, para permitir efectivamente la coordinación de la acción, resulta necesario un marco de orientación de ésta que posibilite un contexto de coordinación. Este contexto de coordinación tiene que venir dado por prestaciones que permitan estabilizar el comportamiento social. En el desarrollo de la sociología, Weber conceptualizó el marco de coordinación en la idea de la formación de valores, o de órdenes, institucionalizados. Por su parte el funcionalismo de Parsons y posteriormente Luhmann lo desarrolla conceptualmente a partir del concepto de expectativas normativas. En ambos casos, con diferencias conceptuales relevantes, se considera que el Derecho, la coacción que constituye al Derecho, permite la formación de este contexto necesario para la coordinación de la acción.²¹

El análisis de Weber, a partir de la categoría básica de la acción, es central en el desarrollo de la explicación sociológica de la función del Derecho. La sociedad necesita, para permitir la coordinación de la acción, la existencia de lo que Weber denomina un orden legítimo.²² Es decir, la posibilidad de anticipar formas de acción del otro con base cognitiva de no defraudación suficiente en contextos de interacción determinados que permita desarrollar la acción racional, tiene que venir dado por algo más que la mera repetición empírica anterior de acciones similares. La acción propia, que se orienta hacia un objetivo suponiendo formas de acción del otro, es mucho más eficiente si además esa forma de acción puede ser explicada a partir de **valores compartidos**, siendo así reconocida como **válida** también por los otros. La

²⁰ En la tradición del funcionalismo, a esto se le denomina el problema de la doble contingencia. Cfr. **Luhmann, Niklas**, Sistemas Sociales, Lineamientos para una Teoría General, Anthropos Editorial; México, 1998, páginas 113-115.

²¹ **Habermas**, Op.Cit. N° 9, páginas 131 a 133.

²² El concepto de orden legítimo es central en la explicación de Weber. Cfr **Weber**, Op.Cit. N° 20, página 25.

justificación de la acción en ese contexto particular tiene un poder de aceptación, y por lo tanto de coordinación, mucho más fuerte que la mera acción explicada estratégicamente sin más, con lo que los intereses del agente pueden satisfacerse con una probabilidad cognitiva mucho mayor. Ese otorgamiento compartido de validez, de corrección, a ciertas formas de acción es posible a partir de la imagen de legitimidad que expone la legalidad en las sociedades modernas.²³ Pero además el Derecho otorga garantías para el cumplimiento de esas formas de acción mediante la posibilidad del uso de la coacción. Por ello, la eficacia integrativa del Derecho se debe a la combinación de su dimensión de legitimidad externa con su dimensión coactiva.

Por cierto, la legalidad no es la única forma posible de dominación e integración a partir de la legitimidad, ni tampoco necesariamente de la forma más eficaz, pero si de la forma de legitimación de intereses más expandida en las sociedades modernas, y de la forma contingente más eficiente.²⁴

Si bien es cierto que en Weber el análisis del derecho explícitamente no puede reducirse a lo que éste denomina su aspecto “sociológico” o “empírico”²⁵, desde el punto de vista de la función del derecho éste es su aspecto central. Dentro de esta exposición, el derecho no es más que una parte de un proceso de racionalización propio de la cultura occidental. En sus escritos fundamentales, Weber se centra principalmente, además de su comprensión de la sociología de la religión,²⁶ en la racionalización de la economía capitalista y del Estado burgués, y precisamente en la racionalización del derecho privado de forma de permitir la obtención calculada de satisfacción de intereses personales conforme a su modelo de racionalidad final.²⁷

²³ *Ibíd.* Ver también **Habermas**, Op.Cit. N° 10, páginas 132 y 133

²⁴ *Ibíd.*, página 30.

²⁵ **Weber**, Op.Cit. N° 10, página 251

²⁶ Cfr. **Weber, Max**, La ética protestante y el espíritu del capitalismo, en del mismo Obras Selectas, Buenos Aires, Distal 2003, páginas 17 y siguientes.

²⁷ Para una crítica completa, cfr por ejemplo **Habermas, Jürgen**, Aspectos de la Racionalidad de la Acción, en del mismo Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos, Colección Teorema, páginas 372 y siguientes.

Pese a la importancia histórica de la explicación de la función del Derecho que entrega la sociología de Weber, la explicación del funcionalismo, al adoptar una metodología auto-referente y segmentaria construye de modo más específico la función externa del derecho y permite identificar de forma más clara sus presupuestos.

El punto de partida metodológico del análisis del funcionalismo se encuentra en la elección del concepto “sistema” como punto central de desarrollo de su teoría sociológica²⁸, por oposición a la unidad elemental de “acción” de la sociología weberiana. Los sistemas constituyen formas de relación de elementos, condicionados por su propia reglamentación, cerrados parcialmente a su entorno y cerrados igualmente a otros sistemas en su entorno. Sin embargo, las relaciones entre elementos no agotan las posibles relaciones que la teoría de sistemas les atribuye, puesto que pese a que tengan ciertas formas de cierre, los sistemas mantienen relaciones con sistemas en su entorno e incluso con el entorno mismo.²⁹

El punto central de la teoría de sistemas en la explicación del derecho es la comprensión de la organización interna y del funcionamiento del sistema hermético. La elección metodológica le permite al funcionalismo reconstruir los intercambios sociales de forma completamente distinta a la construcción de Weber a partir de la unidad elemental de “acción”, no ya centrado en la subjetividad actual o ideal de los agentes, sino en sus relaciones y en su organización como todo.

Tratándose de sistemas sociales, la formación de éstos a partir de la comunicación que se desarrolla en ellos, es posible y se hace necesaria precisamente a partir del problema de la doble contingencia. El funcionalismo comprendió que no es sólo que los problemas de coordinación sean solucionados por la formación de marcos de orientación, como en Weber, sino que el problema de la coordinación de la acción, por la necesidad de ser resuelto, se encuentra en el origen mismo de la formación de los sistemas sociales.³⁰ Dicho de otra forma: no sólo la estructura social racional es una

²⁸ Luhmann, Op.Cit. N° 21, páginas 27 y ss.

²⁹ *Ibíd.* página 53

³⁰ *Ibíd.*, páginas 114, 131

respuesta a la doble contingencia, sino que la doble contingencia es la que fuerza a la organización racional de la sociedad.

Pero aún cuando la sociedad se constituya sobre el conflicto, ésta no lo excluye ni fáctica ni normativamente. En la reconstrucción de los conflictos y de la contradicción por parte de la teoría de sistemas³¹, no se trata de sólo de la existencia de conflictos entre sistemas psíquicos, sino de la existencia de conflicto entre el sentido comunicacional de la acción de la unidad elemental con la identidad comunicativa del sistema. A diferencia de los sistemas psíquicos, los sistemas sociales sólo forman unidad por medio de la comunicación, por lo que el conflicto entre sus elementos, o con sus elementos, afecta la identidad del sistema social y, por lo tanto, al sistema mismo. Esta unidad, constituida necesariamente de forma inestable de forma de permitir el cambio al interior del sistema³², al aceptar su propia inestabilidad crea el riesgo de erosión de su identidad comunicativa. Con ello, el sistema social tiende a crear un subsistema encargado de disponerlo a la inmunidad pese a la existencia de conflictos, de forma de permitir mantener identidad comunicativa aún aceptando la contestación comunicativa de la identidad.

La función del Derecho se hace comprensible en este contexto. El Derecho tiene por función esencial mantener la identidad comunicativa de la sociedad. El Derecho anticipa y reacciona frente a conflictos que puedan afectar de modo más o menos fuerte la identidad de la sociedad de forma de mantener su capacidad autoreproductiva. Esto no significa que el Derecho tenga por pretensión negar la posibilidad de cualquier cambio al interior de la sociedad. El Derecho, a su vez, actúa como mecanismo que a partir del conflicto ayuda al cambio regenerativo que la sociedad acepta y necesita. En la determinación de lo justo o injusto la aplicación del Derecho no sólo mantiene expectativas normativas de conducta, y con ello la identidad del sistema social, sino que también permite la generación de otras expectativas de conducta.³³ La función del Derecho discurre entre la mantención de las expectativas de

³¹ *Ibíd.* páginas 324 y siguientes

³² *Ibíd.* página 332

³³ *Ibíd.* página 337 - 338

conducta al interior del sistema social y en su cambio, pero en cualquier caso es condición de posibilidad, en sociedades modernas, de la estabilización de éstas y de su conformación como sistema que acepta el conflicto pese a que éste pueda erosionar su identidad misma.

c. Conflicto y función del Derecho

Puede observarse que necesariamente la administración de justicia se sirve del conflicto para cumplir con la función del Derecho, o, lo que es lo mismo, que la función del Derecho es cumplida en una medida muy relevante por la resolución de conflictos reales por parte de la administración de justicia. El vínculo intrínseco entre conflicto, coordinación de la acción y Derecho que existe en una sociedad moderna refuerza la idea conceptual de la casi-confusión entre función del Derecho y función de la administración de justicia.³⁴

A la administración de justicia, el conflicto puede presentársele directamente como conflicto entre el sentido comunicacional del acto y la identidad normativa de la sociedad, siendo el caso más evidente el del delito penal, o como conflicto directo entre individuos que indirectamente repercute como conflicto de uno con la sociedad como todo. De la misma forma, la resolución conforme a Derecho puede ser directamente resolución de conflictos relativos a la identidad del sistema, o resolución de conflictos entre individuos que indirectamente influye en la identidad comunicativa del sistema. Y aunque parezca que en el último caso su función primaria se relaciona con la prestación que le otorga a las partes para permitir la convivencia entre ellas, esto no es más que la expresión individual del otorgamiento general de marcos de estabilización de expectativas para permitir la coordinación de la acción a partir de la generación y mantenimiento de expectativas normativas.

³⁴ Institucionalmente, de hecho, la administración de justicia no es más que la formación de cuerpos de profesionales del cumplimiento de la función del Derecho a partir de la resolución de conflictos. Cfr **Weber**, Op.Cit. N° 20, páginas 27 y siguientes. Ver también **Habermas**, Op.Cit. N°9, páginas 209 y siguientes.

Por cierto, la forma en que esta relación se da es contingente a la configuración de la administración de justicia, y en general del Derecho, en una sociedad particular. Ciertos análisis que se han hecho respecto de la configuración los regímenes jurídicos existentes en el antiguo oriente comunista, así como de otras dictaduras, muestran un acercamiento a un mecanismo de estabilización de expectativas funcionales a los intereses del poder, tengan éstos pretensiones transformadoras o conservadoras.³⁵ Ello sin embargo de forma todavía dependiente del conflicto, con lo que aún en contextos aparentemente ajenos, el Derecho mantiene su función, aquí anómalamente, integradora, y bajo una justificación moral distinta.

De la misma forma, en sociedades democráticas la configuración del Derecho y de la administración de justicia se explica a partir del juego de ambos factores. La estabilización de expectativas se asume como una condición de posibilidad de la libertad. Con ello, la corrección de las expectativas generadas y garantizadas pasa de depender de órdenes morales des-institucionalizados pretendidamente trascendentes, a justificarse procedimentalmente. La estabilización de expectativas se asume como un proceso de auto-comprensión de la comunidad.

d. La pretensión interna de la aplicación del Derecho

Un análisis externo como el sugerido, sin embargo, esconde la pretensión directa de la resolución del conflicto en el caso particular. Si bien efectivamente la aceptación del conflicto en la sociedad, y el problema de la doble contingencia, requieren de un marco estabilizador que funcionalmente lo otorga el Derecho, en la aplicación de éste la pretensión central del juez no es una pretensión puramente funcional, sino una pretensión particular de corrección. El derecho no es sólo una forma de acción interesada, sino que precisamente lo que explica su eficacia es que constituye un saber cultural asimilable, en un plano específico, a la moral, es decir se trata de un saber al menos pretendidamente des-interesado en la posición del juez. La posibilidad de asumir lo que constituye en Hart el aspecto interno del derecho³⁶, y la necesidad de

³⁵ Cfr. **Damaska, Mirjan**, Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, páginas 253 y siguientes.

³⁶ **Hart, H.L.A.**, El Concepto del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, páginas 104 y siguientes.

que así lo hagan quienes se encuentran a cargo de su aplicación³⁷, constituyen un segundo plano de la función del Derecho que a la vez se opone y complementa su función externa, y que es central en la comprensión de la actividad judicial. La aplicación del Derecho se mira a sí misma como la solución correcta normativamente de un conflicto, y en principio no sólo como excusa para constituir o estabilizar expectativas normativas que parecen funcionales a los intereses del Estado o de la comunidad.

Ambos niveles son necesarios para entender la prestación total que le otorga la administración de justicia a la sociedad, y explican la forma en que ésta se encuentra configurada. Por ello, permiten ver las razones del castigo del incumplimiento de las obligaciones que se les imponen a los funcionarios o incluso a los particulares en relación con esta prestación.

2. Presupuestos de la configuración de la función judicial.

La función de la administración de justicia puede ser descompuesta en al menos dos aspectos, y cumple con otras funciones marginales, contingentes, y más conflictivas. En este apartado se analizarán de forma breve estos aspectos, mostrando de qué forma influyen sobre los presupuestos generales de la configuración de la función judicial. Posteriormente se analizarán derechamente estos presupuestos, configurados como principios. Todo ello, y la particular configuración normativa en el derecho chileno, tiene una importancia clave en la tipificación de delitos contra la Administración de Justicia.

a. La relación entre la función de la administración de justicia y su configuración

La estabilización de expectativas normativas es la función externa de la administración de justicia. Ésta, al cumplir con esa función, debe representar las expectativas que ha constituido, de diversas formas, la sociedad en cuestión. Así como un Parlamento debe constituir expectativas normativas que sean representativas de la sociedad, la

³⁷ *Ibíd.*, página 144-146.

administración de justicia debe estabilizar expectativas normativas que igualmente representen la identidad de la sociedad, lo que requiere de procedimientos mucho más complejos que los puros procedimientos formales de la formación de normas. Mientras la representatividad de las leyes, y por lo tanto de la forma primaria de constitución de expectativas normativas, se asegura procedimentalmente por medio de la elección pública de quienes ejercen la función legislativa, la representatividad de su estabilización se asegura de forma mucho más compleja, e inestable, en lo que de forma simple puede denominarse el mandato de sujeción al Derecho. Sobre ello volveremos más adelante.

El que el proceso de estabilización de expectativas normativas en las sociedades modernas deba ser un procedimiento de auto-comprensión de la sociedad en cuestión, influye en al menos dos aspectos centrales que pasan a ser necesarios a la función judicial. El primero es, desde un punto de vista procedimental, el ya reseñado mandato de sujeción al Derecho. Desde un punto de vista organizativo, a su vez, la separación de poderes es, parcialmente, una consecuencia de la necesidad de que la estabilización de expectativas normativas sea representativa.

El vínculo entre separación de poderes y representatividad, menos obvio que el vínculo entre representatividad y sujeción al derecho, requiere de una explicación adicional. En las sociedades modernas, el poder político institucionalizado y el Derecho se constituyen y posibilitan recíprocamente. Mientras el Derecho le entrega al poder institucionalizado la apariencia de legitimidad que necesita, el poder le permite cumplir con sus funciones.³⁸ Ello hace lógicamente posible, y probable, que el poder llegue, de hecho, a instrumentalizar estratégicamente al Derecho. Es decir la representatividad del Derecho se encuentra condicionada por la posible instrumentalización del Derecho por el poder. Sin separación de poderes, el creador y aplicador del Derecho puede simplemente valerse de la apariencia de legitimidad del Derecho para maximizar su poder, sin pretender cumplir con la función del Derecho. De hecho, incluso la dominación política puramente vertical, no representativa,

³⁸ Sobre las relaciones entre poder y derecho, en detalle **Habermas**, Op.Cit. N° 9, página 212 y siguientes.

también podría constituir y estabilizar expectativas normativas, aún cuando, desde el punto de vista de la sociedad, ello sea menos eficiente que la estabilización de expectativas normativas representativas de ésta. Por lo anterior, la separación de poderes no es un presupuesto de la posibilidad de estabilizar expectativas normativas en abstracto, ni es un presupuesto necesario de la posibilidad de una cierta coordinación de la acción. La separación de poderes, en cambio, fuerza una organización que permite que el poder se sujete al Derecho legítimo, al derecho representativo. La separación de poderes tiende a impedir la instrumentalización del Derecho por el poder, y por lo mismo tiende a que las expectativas normativas que se estabilizan sean representativas, no sólo permitiendo, por lo tanto, una cierta coordinación de la acción, sino permitiendo que esa coordinación de la acción sea manifestación de la libertad general de acción.³⁹ El vínculo entre representatividad y separación de poderes se manifiesta, por lo tanto, en que el segundo es una condición institucional de posibilidad del primero.

Por otro lado, en la resolución de conflictos necesariamente debe expresarse una norma jurídica que tiene una particular pretensión de corrección. Mientras al asignársele su función externa se asume completamente un análisis puramente objetivante, centrado en su aspecto externo, la otra forma de mirar la función judicial asume completamente la perspectiva del partícipe. Desde el punto de vista del juez, su función tiene que ser exclusivamente resolver conforme a derecho el caso, esto es expresar lo que es correcto desde la perspectiva del Derecho en una situación individual determinada a partir de normas relativamente indeterminadas.⁴⁰ Esto lo

³⁹ En todo, **Habermas**, *Ibíd.*, páginas 237 y siguientes, y 256-258. Por cierto, esta no es la única justificación posible de la separación de poderes. La división de función legislativa y adjudicadora se explica, también, por los distintos tipos de argumentación que lógicamente se desarrollan en la fundamentación y aplicación de normas, pese a que la distinción no sea del todo análoga a la distinción estándar entre creación de normas generales y aplicación de éstas. Por otro lado, haciendo completamente irrelevante para estos efectos la distinción entre aplicación del derecho y creación del derecho, **Kelsen**, *Op.Cit.* N° 9, páginas 256 y siguientes. Pero, sin necesidad de presentar críticas abstractas a la concepción de Kelsen, para lo que él denominaría efectos “políticos-jurídicos”, como una reforma legislativa, la distinción es relevante y evitarla oscurecería aspectos relevantes.

⁴⁰ Para una calificación más detallada de lo que constituye esta función, ver **Atria, Fernando**, *Op.Cit.* N° 9, páginas 11 y siguientes, y 19 y siguientes. En la filosofía idealista, Hegel demuestra como el único objetivo del juez es “el conocimiento y la realización” de lo universal (en un sentido particular, el derecho y la ley) sobre “el querer particular”, con independencia de cualquier interés particular. La función del

reconoce incluso positivamente el derecho chileno, que caracteriza exclusivamente a los jueces en relación con esta función en el artículo 1 del Código Orgánico de Tribunales, y en el artículo 76 de la Constitución Política de la República.⁴¹ Si bien, ello ya se explica parcialmente por la necesidad de que las expectativas que se estabilizan representen las expectativas que constituye el poder comunicativo, y también por la necesidad que no se atente contra derechos individuales, ambas cosas se encuentran fuera de la perspectiva directa del juez. Al momento de la resolución del conflicto, el juez no piensa, o no debe pensar, directamente que fallar de una u otra forma sirva a estabilizar expectativas determinadas que serían mejores para las relaciones interpersonales generales en el marco de una sociedad compleja, ni mucho menos en intereses particulares. El juez reconstruye el caso a partir de otros códigos, como “justo” o “injusto”, o señala que una parte tiene un “derecho” o una “obligación”, y que por lo mismo tiene que reconocer la pretensión de la parte que actuó **correctamente** o, lo que es lo mismo, **conforme a derecho**. Esto es, desde la perspectiva del juez, su función es determinar lo que conforme a reglas del sistema es correcto en ese caso, y así terminar definitivamente con el conflicto. Que, desde el punto de vista de la sociedad, ello resulte en la estabilización de expectativas normativas contrarias a las creencias personales del juez sobre la mejor configuración posible de la libertad general de acción debe serle irrelevante.^{42 43}

juez, sus limitaciones, no se justifican por cuestiones externas como en el primer aspecto reseñado en esta exposición, sino por respeto a que el ejercicio del derecho sea, o pueda ser, reflejo de la autoconciencia que debieran tener las partes. Sobre ello, **Hegel, G.W.F.**, Principios de la Filosofía del Derecho, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, página 207.

⁴¹ Identificado y caracterizado de forma más detallada, por **Atria, Fernando**, *Ibíd.* páginas 49 y siguientes.

⁴² Aunque no siempre argumentos de este tipo son irrelevantes para los jueces. Es una práctica dada, aunque no usual, el razonamiento entorno a lo que se denominan “*policy arguments*”. Ver por ejemplo **Dworkin**, Law’s Empire, Belknap Harvard 1986, páginas 27-29. En el ámbito del derecho civil, Cfr. **Lawson, F.H.** Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law, Cambridge University Press, Volumen 1, páginas 43 y siguientes. Pero este tipo de razonamiento suele tener un status complementario a argumentos sobre reglas, o al menos suelen utilizarse sólo cuando no hay reglas previas que determinen con relativa claridad lo que es correcto en un caso determinado. Lo que expresa, por lo tanto, este argumento es la existencia de una regla que diría que en situaciones de indeterminación inmediata de lo correcto, mediatamente se debe considerar correcto lo que acarree menos costos a la sociedad, es decir lo que establezca expectativas, conforme a cierta concepción de evaluación de la mejor forma de optimizar la libertad general de acción. Pese a que la existencia de una regla de ese tipo sea conflictiva, no cambia la actitud del juez frente al caso.

⁴³ Incluso bajo concepciones utilitaristas, la justificación de soluciones dentro de la práctica del derecho no puede hacerse bajo el principio que justifica a éste, o sería contraproducente a su propia función. Ver

Por cierto al no constituir el aspecto interno más que la contra-cara de su función analizada desde un punto de vista externo, los presupuestos de la administración de justicia en relación con este aspecto son similares. El mandato de sujeción al Derecho es evidentemente la expresión directa de la función del derecho vista desde el punto de vista interno. Asimismo, la imparcialidad y la independencia del juzgador son esenciales para que el ejercicio de la función no sea simplemente funcional al poder, sino que sea exclusivamente resolver el caso que se le presenta con la particular pretensión de corrección que tiene la sentencia judicial.

Además, en nuestra comprensión ahora puramente contingente de la estructuración del poder, la administración de justicia también debe proteger derechos individuales. La idea de la protección de derechos individuales se encuentra en la intersección entre la necesidad de configurar el poder político de forma que no pueda instrumentalizar al Derecho, al poder comunicativo, y la particular pretensión de corrección que debe subyacer a la resolución judicial, pero no se deduce conceptualmente ni de la una ni de la otra. Desde un punto de vista puramente contingente, la protección del individuo frente a las arbitrariedades del poder estatal, por parte de este mismo, se radicó principalmente en los tribunales de justicia. Las distintas formas de Habeas Corpus, que perduran en la mayoría de los sistemas jurídicos, son la mayor demostración de esto. Pero ello no es directamente una consecuencia que se deduzca de la necesidad de que el Derecho organice al poder dividiéndolo para evitar que éste lo instrumentalice. Aquí no se trata directamente de las relaciones entre poder comunicativo y poder administrativo, pese a que es obvio que mantenga relaciones con esta dimensión. Estas relaciones oblicuas se manifiestan incluso en varias de las justificaciones más relevantes que se han construido sobre la no-instrumentalización del Derecho por el poder. Así por ejemplo, en la concepción de Montesquieu de la organización del poder, la necesidad de rotación de la función judicial, y en general la necesidad que quienes la ejercen no se constituyan verdaderamente como “poder”, arranca específicamente de este aspecto: porque se trata del poder que más

Rawls, John. Dos Conceptos de Reglas, en Teorías sobre la Ética, edición a cargo de Philippa Foot, Fondo de Cultura Económica, México, páginas 210 y siguientes.

directamente afecta derechos individuales, del único que se ejerce sobre particulares, es que no puede organizarse como los otros dos **si se pretende que los proteja**.⁴⁴ En la exposición de Montesquieu se puede ver con claridad cómo existen relaciones que se mantienen entre las limitaciones al ejercicio de la función judicial, que arrancan de la primera dimensión de ésta, y las limitaciones que arrancan de su función marginal de protección de derechos individuales. De la misma forma, en la exposición de Habermas, el principio de garantía de una protección de los derechos individuales mantiene relaciones cercanas con la necesidad de que el poder administrativo se regenere constantemente en, y mediante, poder comunicativo. Las normas legales, manifestación esencial del poder comunicativo, establecerían pretensiones y expectativas de acción en las partes que debieran poder mantenerse. La protección de derechos individuales sería a la vez una manifestación directa de la organización del Estado democrático de derecho, e incluso de la idea misma de derecho.⁴⁵

Pero ambos aspectos, a saber protección de derechos individuales y protección del Derecho frente a la posibilidad de ser instrumentalizado por el poder, no se confunden. Mientras en el segundo aspecto lo que se pretende es que se respete efectivamente la autonomía colectiva al estabilizar expectativas normativas, en el primer aspecto se trata, en cambio, del reconocimiento de derechos individuales no sólo frente al poder administrativo, sino en varios aspectos también frente a la mayoría. Y el respeto de la autonomía individual puede llegar a encontrarse, eventualmente, en conflicto con la autonomía colectiva, por lo que la relación de cercanía entre los dos aspectos centrales de la función judicial y este aspecto marginal es también una relación de conflicto. Ello, por cierto, no quiere decir que el juez deba, si su conciencia moral se lo dicta, resolver el conflicto contra la ley, principal manifestación de la autonomía colectiva. Pero sí debe ejercer ciertos mecanismos que le entrega el derecho que, en ciertas instancias, implican reconocer la autonomía individual antes que la autonomía colectiva. Toda la argumentación entorno a derechos fundamentales, vinculantes para el juez, y parte de la idea de consideración de la particularidad del caso en la argumentación jurídica se pueden reconducir a esta función, que es sumamente

⁴⁴ Montesquieu, Op. Cit. N° 12, página 329

⁴⁵ Habermas, Op.Cit. N° 9, páginas 240-241

conflictiva. No vale la pena detenerse en los límites y la sensatez de esta práctica, ya que no tiene interés particular para el tema que estamos tratando, y requeriría mucho más que todo este trabajo para ser expuesto de modo relativamente completo. Basta con mostrar que es un aspecto que, al menos, existe y se reconoce como valioso.

b. Principios de configuración de la administración de justicia

Los principios de la organización de la administración de justicia responden a las preguntas sobre las condiciones necesarias para que éste cumpla sus funciones, caracterizadas en particular desde la función interna. Algunos de estos principios no son más que manifestaciones positivas de esta función, mientras que otros tienden a hacerla posible o a que no se deforme internamente. En la doctrina procesal tradicional chilena se suele caracterizar a estos presupuestos como “Bases del Ejercicio de la Jurisdicción”, pero usualmente se incluyen en éstas una gran cantidad de principios que tienen una explicación puramente contingente a una cierta estructuración del poder judicial sin relación explicitada con el cumplimiento de su función.⁴⁶ Aquí sólo nos interesa describir brevemente los presupuestos de la administración de justicia que tienen un vínculo directo con la posibilidad de cumplir su función.

El principio de sujeción al derecho, o mandato de sujeción a la ley, es simplemente una manifestación de la función interna del Derecho. El principio de sujeción al derecho es además la expresión más pura de la idea que el poder administrativo sólo se puede regenerar mediante, o como, poder comunicativo, y de la ley como manifestación de libertad. La administración de justicia resuelve sobre conflictos de acción de forma legitimada por normas preestablecidas o cuya creación ha sido preestablecida, y cuya forma de preestablecimiento es procedimentalmente representativa. Pero pese a ser una cuestión tan necesaria como evidente en nuestra concepción de la función del Derecho, en su configuración y en su contenido es sin dudas el más complejo de todos los presupuestos de la función judicial. Toda la teoría

⁴⁶ Cfr. **Maturana Miquel, Cristián**, Los Órganos Jurisdiccionales, los Árbitros. Los Auxiliares de la Administración de Justicia y los Abogados. Separata de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Código 0500, Mayo 2003, páginas 13 y siguientes.

de la argumentación jurídica no es más que una forma de equilibrar el conflictivo margen de acción que otorga el mandato de sujeción a la ley, de forma de no hacerlo demasiado restrictivo como para sacrificar la posición de los que no pudieron ser considerados explícitamente al legislar, ni demasiado amplio como para diluir la aplicación del derecho en pura argumentación moral.

El principio de imparcialidad se deduce ya de la idea misma de jurisdicción, e incluso de la asignación de derechos subjetivos a los individuos. En la concepción general que se tiene de la función judicial y sobre todo en la historia de las instituciones, la imparcialidad del juez es probablemente, aún antes que la sujeción a la ley, el primer presupuesto que se suele considerar en ésta. La imparcialidad, como presupuesto de la resolución de conflictos por un tercero, no se remonta históricamente sólo al reconocimiento institucional de la función moderna del Derecho, sino que se remonta a concepciones de justicia procedimental básica. En ese sentido es manifestación directa del aspecto interno de la función judicial, esto es de la expresión de una particular pretensión de corrección institucionalizada por un tercero imparcial frente a un conflicto ajeno. Positivamente esto se manifiesta en la regulación de la implicancia y la recusación como formas de inhabilitación de los jueces para conocer casos⁴⁷, reconocidos de forma genérica en el artículo 196 del Código Orgánico de Tribunales, e indirectamente se manifiesta en casi todos los delitos de jueces contra la Administración de Justicia.

El principio de independencia del juez, que se manifiesta externamente con una descripción vaga en el artículo 12 del Código Orgánico de Tribunales, y mediante una reserva legal en su manifestación interna descrita en el artículo 8 del mismo Código, no siempre es bien comprendido en su alcance. Entendido de forma simple, este principio supone que si el juez, al conocer de un conflicto, debe solamente dedicarse a resolver el caso conforme a derecho, debe protegerse el que no se vea influido por

⁴⁷ La consideración de la falta de implicancia, y en menor medida de la recusación, como presupuesto del ejercicio de la función judicial es tan fuerte que, en la terminología procesal tradicional chilena, se suele denominar como “incompetencia subjetiva”, es decir ausencia de un presupuesto del ejercicio de la función judicial no en el tribunal, pero en la persona del juez. Al respecto ver **Maturana Miquel, Cristián**, Derecho Procesal Orgánico, Introducción. La Jurisdicción. La Competencia. Separata Código 05005 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Marzo 2003, página 167.

presiones externas para fallar de una forma u otra. De una forma más completa, es la manifestación institucional de la necesidad que el juez pueda y deba ser inmune a toda forma de relación inter-subjetiva externa al proceso en relación con la solución de casos, lo que no se agota en la inmunización frente a presiones externas. El principio de independencia expresa, por lo tanto, varias cosas más. Expresa por cierto una prohibición de recibir cualquier incentivo –negativo o positivo- a la resolución de un caso de una forma u otra. Desde un punto de vista organizacional, expresa la necesidad de proteger al juez de forma tal que ir contra el poder no sea una forma de presión suficiente para hacerlo desviarse de su función. Pero además, desde la organización interna del propio aparato de administración de justicia, expresa la necesidad de la ajenidad de éste, de todo éste, a la resolución de un caso que tenga uno de sus jueces.⁴⁸ Nuevamente se ve como, salvo parcialmente el mandato de sujeción al Derecho, los presupuestos de estructuración de la función judicial para cumplir con su objeto se asumen desde su perspectiva interna.

B. La formación del bien jurídico

La exposición anterior respecto de aspectos específicos de la función judicial y de la administración de justicia en términos no necesariamente ligados a la justificación material de los delitos en análisis, no tiene por objeto sino llevar a cabo la labor de identificación del bien jurídico de forma suficientemente reflexiva y explicativa. Si bien metodológicamente era posible ir desarrollando esta tarea en conjunto, y no mediante dos tipos de argumentaciones independientes unidas por un sistema de resonancias y remisiones explícitas, la continuidad de la relación que esa elección ofrece no compensa la pérdida de precisión que el desarrollo de cuestiones propias de teoría política o de sociología jurídica dejaría de tener de necesitar de una concreción previa en términos de dogmática penal. Además, es mucho más verosímil como representación del raciocinio a seguir, y en nuestra pretensión más claro, hacerlo en

⁴⁸ En detalle, **Atria, Fernando**, Op.Cit. N° 9, páginas 46 y siguientes, en que se lo caracteriza indirectamente como la protección frente a una comprensión, que sería evidentemente errada e ilegítima, del ejercicio del poder de los jueces de forma “comisarial”.

dos pasos de forma que la reconstrucción en términos penales parezca una consecuencia natural de las cuestiones anteriores ya tratadas.

Para llevar a cabo la tarea reseñada, esto es mostrar en qué sentido y bajo qué límites son legitimables los delitos penales contra la Administración de Justicia, es necesario hacer, en primer lugar, ciertas precisiones respecto de la capacidad de rendimiento que se espera de la idea de bien jurídico y de la concepción que de éste se utilizará. Posteriormente se analizarán distintas comprensiones del o los bienes jurídicos protegidos, para terminar desarrollando la que resulte más verosímil.

1. Precisiones metodológicas.

a. Justificación sustantiva de la ley penal y protección de bienes jurídicos

En la dogmática penal, el principal criterio de sistematización de los tipos de la Parte Especial lo constituye el bien jurídico que éstos protegen, el que sirve además como razón justificatoria abstracta de éstos.⁴⁹ En el derecho penal nuclear clásico, es decir aquel que protege principalmente la vida, la integridad física, la libertad y la autonomía sexual como intereses personalísimos; y la propiedad y el patrimonio como intereses individuales instrumentales, la sistematización, sin ser simple, al menos cuenta con criterios básicos para llevarla a cabo. Pero con la tipificación de distintas conductas con el objeto de proteger lo que se denomina “bienes jurídicos colectivos”, desde ya conflictivos en su posibilidad de congruencia con la idea de bien jurídico⁵⁰, esto se hace mucho más complejo. Y ello en dos períodos. En el derecho penal pretendidamente liberal de las primeras codificaciones, el problema de los bienes jurídicos colectivos ya se conocía precisamente en aquellos tipos que, sin afectar a un solo individuo, eran condiciones de posibilidad del ejercicio del poder estatal. Los delitos contra la administración pública, en general ciertos delitos de funcionarios

⁴⁹ Al respecto, **Alcácer Guirao**, Op. Cit. N°6, páginas 18 y siguientes.

⁵⁰ Para una aproximación al desarrollo de la teoría del bien jurídico, **Roxin**, Claus, Op. Cit N°2, páginas 51 y siguientes; **Alcácer Guirao**, *Ibíd.*, páginas 119 y siguientes.

públicos, y en particular también los delitos contra la administración de justicia⁵¹, son manifestaciones de tipos que indudablemente creaban ciertos problemas de explicación y legitimación en una comprensión liberal del bien jurídico, pero que no tuvieron relevancia como para hacer parecer pragmáticamente anómalo este criterio de clasificación. El segundo periodo, en cambio, conocido usualmente como la “expansión del derecho penal”, pone en crisis la idea de una concepción en algún sentido operativa del bien jurídico, sea tanto en la posibilidad de excluir ciertos tipos penales, como para ofrecer criterios claramente delimitables de clasificación.⁵²

Pese al carácter conflictivo que ha adquirido el concepto de bien jurídico, desde el punto de vista de la justificación sustantiva y político criminal de la legislación penal, la discusión del bien jurídico protegido en la tipificación es esencial por dos razones. En primer lugar porque, desde el punto de la aplicación de la normativa que se construye, una sistematización teleológica a la luz del objeto de protección permite alcanzar grados de reflexividad dogmática muy superiores a los que alcanza una regulación ciegamente agrupada. En el desarrollo de la dogmática de las condiciones generales de la punibilidad de tipos especiales, la identificación clara de un bien jurídico protegido en los tipos de la Parte Especial es un paso esencial.⁵³ Pero además de esta función adscriptiva auxiliar, la identificación del bien jurídico es importante en tanto permite una justificación moral suficiente de la tipificación penal general, esto es no sólo de los criterios de punibilidad sino ya de la restricción de la libertad que se constituye mediante la norma de comportamiento que subyace a las disposiciones penales de la Parte Especial.⁵⁴ Y es precisamente en la discusión legislativa en que se reconoce desde Liszt que, al menos, tiene operatividad restrictiva la teoría crítica del

⁵¹ Respecto de lo anterior, ver por ejemplo **Roxin**, Op.Cit. N°2, página 54, **Hassemer, Winfried, Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania**, en del mismo **Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en el derecho penal**, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, página 7.

⁵² Al respecto, ver **Silva Sánchez**, Op.Cit. N° 3.

⁵³ Cfr. **Alcacer Guirao**, Op Cit N°6 páginas, 18 a 20, y 137 y siguientes. Respecto de su función en la interpretación, **Schünemann, Bernd, El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación**, en Hefendehl y otros, La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007.

⁵⁴ Sobre las razones que explican la particular necesidad de justificación sustantiva del establecimiento de una ley penal, Cfr. **Bascuñán Rodríguez, Antonio**, Op. Cit. N° 4, página 251.

bien jurídico.⁵⁵ En este sentido, la teoría del bien jurídico permitiría “ofrecer al legislador penal un criterio plausible y útil para sus tomas de decisiones, desarrollando un parámetro de valoración externo para ver si esa decisión es justa”.⁵⁶ Por lo anterior, es que la discusión respecto del bien jurídico se presenta como particularmente crítica en un contexto legislativo. Un manejo correcto de la fundamentación de la necesidad de protección del objeto en el ámbito legislativo permite evitar los problemas de imposición de concepciones morales contramayoritarias postulando una teoría crítica del bien jurídico que sea, aún por necesidad, judicialmente operativa.

El juego de estos dos factores de relevancia del bien jurídico, a saber poder heurístico y potencial justificador y limitador, es lo que hace que la identificación del bien jurídico protegido no sólo sea esencial como tarea dogmática interpretativa, y excepcionalmente como posible facultad del adjudicador de limitar la potestad legislativa penal, sino que además explique el que se trate del criterio más sensato y más productivo para clasificar los tipos de la Parte Especial.

Con ello, a partir del concepto de bien jurídico, se imponen dos cargas a la evaluación de la imposición de una ley penal. La primera es su justificación sustantiva. En nuestra comprensión del Derecho Penal y de su relación con la separación de poderes, el principio de legalidad es la expresión de un desplazamiento de parte importante de las cuestiones de justificación sustantiva de los tipos penales al legislador.⁵⁷ Esa necesidad de justificación sustantiva general, desplazada hacia el ámbito legislativo, tiene lugar mediante la exigencia al legislador de proporcionar una justificación argumentativa sustantiva de la corrección y de la importancia funcional del establecimiento de las normas penales. La segunda carga impuesta al legislador consiste en llevar a cabo una sistematización suficientemente armónica cómo para

⁵⁵ Respecto de la operatividad del principio de proporcionalidad, Cfr. **Roxin**, Op.Cit N°2, página 51, **Roxin, Claus**, Sentido y límites de la pena estatal, en del mismo Problemas básicos del derecho penal, Madrid, Reus, 1976, páginas 11 y siguientes; **Roxin, Claus**, ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales, en del mismo Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima, 2004, página 19.

⁵⁶ Hassemer, citado por **Müssig, Bernd**, Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, página 5.

⁵⁷ **Ferrajoli**, Op. Cit. N° 6.

poder ser reconstruida dogmáticamente de modo verosímil. El peso de esta carga no es, por cierto, comparable con el peso de la primera, pero la conexión que existe entre ambas refuerza la necesidad de llevarlas a cabo.

Ambas labores –justificación y sistematización–, precisamente porque este trabajo asume la perspectiva legislativa, son centrales en el desarrollo de la crítica y de la propuesta legislativa que se hace en los Capítulos III a VI.

Por cierto, para parte importante de la doctrina tradicional, el principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos expresa una idea general más abstracta y más fuerte, esto es que el Derecho Penal, como la herramienta más violenta del Estado, debe tener un uso lo más restrictivo posible.⁵⁸ Los principios limitadores, desde varios planos distintos que agrupan consideraciones utilitarias autónomas o comparativas con otros medios de protección, y consideraciones sustantivas que pueden, en ciertas comprensiones, exceder un utilitarismo puro, no serían sino revelación de una desconfianza al menos provisional ante la pena. En este contexto, la exclusiva protección de bienes jurídicos agruparía las limitaciones sustantivas que se han impuesto por nuestra desconfianza en el Derecho Penal. Pese a que lo anterior parece en alguna medida cierto, no es necesario expresarlo con una distinción tan fuerte, y confusa en este aspecto, como sustantivo / formal, y limitando lo “sustantivo” a la teoría del bien jurídico, ni tampoco parece necesario expresar una desconfianza directa hacia el Derecho Penal en sí.

Una comparación simple permite mostrar la irreductibilidad de la justificación sustantiva a la exclusiva protección de bienes jurídicos, y la verdadera función que debe cumplir ésta. La idea central de la justificación sustantiva de la ley penal consiste en que ésta debe ser necesaria y adecuada para conseguir un fin deseable y justificable, y debe ser el único medio lícito para conseguir ese fin. Todas éstas son cuestiones que no pueden ser reducidas a limitaciones formales, como el principio de legalidad, y, sin embargo, no son completamente abarcadas por el principio de

⁵⁸ Esta es una de las ideas más repandidas en la justificación liberal del derecho penal, al respecto, Cfr. por ejemplo, **Ferrajoli**, *Ibíd.* página 465; **Alcácer Guirao**, *Op. Cit.* N°6, página 138.

exclusiva protección de bienes jurídicos. El bien jurídico sólo permite identificar el fin que se busca como deseable y justificable. Directamente, en cambio, no permite demostrar la adecuación de la pena para conseguir su protección, ni la falta de disponibilidad de medios menos lesivos para hacerlo. Desde el punto de vista de la teoría de las normas, la identificación del bien jurídico tiene por objeto legitimar la afección de la libertad que se hace exclusivamente mediante la norma de comportamiento, para luego analizar si la pena es adecuada y necesaria. Y esto se hace en el contexto de la determinación de la proporcionalidad del castigo.^{59 60}

Por ello, desde un punto de vista argumentativo, la teoría del bien jurídico mantiene relaciones cercanas con el principio de proporcionalidad, y es su combinación la que permite entregar una justificación sustantiva completa de la norma penal.⁶¹ Se trata ciertamente de un principio menos ligado a cuestiones procedimentales que, típicamente, el principio de legalidad, lo que justificaría el que se le denomine “sustantivo”. Pero no es un principio que se encuentre en corto-circuito absoluto con los otros principios limitadores ni que agrupe toda la justificación sustantiva, como podría deducirse de algunas exposiciones tradicionales, sino que forma una estructura consistente de limitaciones, más allá de los problemas que puede provocar su operatividad y las limitaciones excesivas que podría eventualmente imponer si se le considerara operativo sin más en sede judicial.

⁵⁹ En realidad, desde el punto de vista de la teoría de la legislación penal, el bien jurídico constituye una forma de discurso en torno a la necesidad de justificación de la norma de comportamiento y a la necesidad de una justificación no comparativa de la norma de sanción, mientras que el principio de proporcionalidad en lo que no se confunde con las funciones del bien jurídicamente, se refiere directamente a la justificación comparativa de la norma de sanción. Pero el procedimiento de justificación sustantivo es simultáneo y no sucesivo: es irrazonable pretender justificar la norma de comportamiento sin considerar la afección definitiva que tendrá la libertad por la protección de ésta con una norma de sanción penal, y no es posible justificar la norma de sanción sin consideración directa por el objeto de protección.

⁶⁰ Al respecto, Cfr. **Bascuñán, Antonio**, Op. Cit. N° 4, páginas 251-253, **Lagodny, Otto**, El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional, en Hefendehl y otros, La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007, páginas 129 a 131.

⁶¹ Esto, por cierto, no es algo que dependa, en la necesidad misma de llevarlo a cabo, de la teoría de la pena que se maneje. Tanto en teorías preventivas razonables como en teorías retributivas es necesario llevar a cabo la justificación sustantiva. Sobre lo último, ver **Mañalich, Juan Pablo**, La pena como retribución, en Revista de Estudios Públicos, 108 (primavera 2007) páginas 180 y siguientes.

b. La crítica a la implausibilidad de la teoría del bien jurídico

Todo lo anterior, aún con las restricciones reseñadas, no está exento de controversia en cuanto a su relevancia en la dogmática penal. En su famosa monografía sobre la irrelevancia del concepto de bien jurídico, Jakobs demuestra que esta teoría, con sus compromisos con una comprensión preventiva de la teoría de la pena, no sólo no es capaz de explicar la prestación que efectúa el Derecho Penal, sino que además parte importante de las funciones prácticas que se le atribuyen no puede realizarlas.⁶²

Lo primero, porque formular la tarea del Derecho Penal en esos términos lo hace parecer un medio de protección absolutamente inidóneo, ya que la mayoría de las afecciones a las áreas que el Derecho Penal tematiza se producen fuera del interés de éste. Jakobs llama la atención sobre esto, al explicar que “si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado, es decir sin límite alguno, entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de las ocasiones desaparecen de un modo que no le interesa al Derecho, especialmente al Derecho Penal, ni lo más mínimo”.⁶³ Aún los bienes que se protegen con más fuerza, la vida por ejemplo, se ven lesionados constantemente fuera del área de interés del Derecho Penal. Con ello se haría necesario reformular provisionalmente el objeto del Derecho Penal como forma de protección frente ataques a estos bienes de formas determinadas, y por parte de otras personas. Y la única forma de entregar una representación adecuada de esas formas de afección relevantes por otros, es haciendo referencia a normas. Una representación puramente descriptiva, además de mucho más compleja, sería en cualquier caso injustificable. Esto es, para que la afección a las áreas que tematiza el Derecho Penal le sea relevante, debe ser realizada por sujetos de normas y de forma determinada por éstas: no puede ser auto-suficiente. El potencial explicativo de la idea de un “Bien” como objeto de protección sería, por lo tanto, sumamente limitado frente al potencial explicativo de la idea de “Norma”, la que a diferencia de los bienes sí puede ser objeto de protección ex post por medio de prestaciones que tiendan a reforzar su sentido comunicativo pese a la

⁶² **Jakobs, Günther**, ¿Qué protege el Derecho Penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

⁶³ *Ibíd.*, página 13.

infracción. Y esto se ve reafirmado si se considera, como Jakobs, que la única reconstrucción plausible y verosímil del objeto de la pena es que su función sea mantener la configuración normativa de la sociedad.⁶⁴

La reformulación reseñada que necesita la teoría del bien jurídico, si quiere ser verosímil, pondría de manifiesto que lo que se protege, por lo tanto, no son bienes, sino “la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes”.⁶⁵ Es decir, la reformulación que requiere la teoría lleva necesariamente a la idea de Norma, y a la calificación del delito no como lesión de bien, sino como infracción de deber.⁶⁶

Pero la concepción del bien jurídico no sólo sería inverosímil como teoría explicativa de la función del Derecho Penal, sino que además no podría cumplir con los cometidos limitadores que se entrega a sí misma. Así por ejemplo sucede con la supuesta función práctica adjudicativa central del concepto de bien jurídico, esto es, excluir el castigo de “meras inmoralidades”. Según Jakobs, esto sólo es posible juzgando la importancia funcional relativa de la “mera inmoralidad” en la configuración comunicativa de una sociedad determinada. Algunos casos que se juzgan como excluidos precisamente por esta función del bien jurídico de limitar el castigo de “meras inmoralidades” se presentaban como males importantes en un momento de complejidad leve de la configuración de la comunidad.⁶⁷ El ejemplo de la punición de la inmoralidad sexual, caballo de batalla de la teoría del bien jurídico, sería ilustrador al respecto.⁶⁸ Bajo una organización tribal, por ejemplo, la homosexualidad o, en mucho

⁶⁴ Para una comprensión del significado de la pena como reafirmación en la segunda evolución de Jakobs, cfr. **Jakobs, Günther**, Sociedad, Norma y Persona en una Teoría Funcional del Derecho Penal, en el mismo Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, Palestra Editores. Para una explicación completa de su teoría de la pena en el contexto de las justificaciones de la pena, cfr. **Jakobs, Günther**, Sobre la teoría de la pena, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998

⁶⁵ **Jakobs, Günther**, Op. Cit. N° 6, página 17.

⁶⁶ *Ibíd.* páginas 21 y 22. Jakobs además insiste en que una posición como ésta tiene un poder heurístico de desarrollo en la atribución de responsabilidad, en la teoría de la imputación, muy superior a la teoría del bien jurídico. Y esto, porque si algo ha mostrado la teoría de la Imputación Objetiva, es que la imputación requiere de atribución de competencia por la causación del daño, lo que subyace y es necesario bajo la idea de deber, y no así bajo una idea simple de bien. De forma resumida, ver *Ibíd.* página 26. Con más detalle, Cfr. **Jakobs, Günter**, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Mayo de 1998; Sociedad, Norma y Persona, Op. Cit. N° 61.

⁶⁷ **Jakobs, Günther**, Op. Cit. N°60, páginas 35 a 41

⁶⁸ *Ibíd.*, páginas 36 y 37

mayor medida, el incesto pondrían en peligro tanto la organización de la sociedad como la posibilidad de reproducción y de supervivencia de ésta.⁶⁹ Con ello, precisamente en el momento que debiera actuar la limitación, esto es cuando mayoritariamente la sociedad puede querer una punición de conductas que en nuestra concepción son “meras inmoralidades”, la idea del bien jurídico perdería toda capacidad de rendimiento. Y lo mismo sucedería con la limitación de la tipificación de delitos de peligro abstracto. Los compromisos teóricos de la teoría del bien jurídico con teorías de la prevención, que definen la función del Derecho Penal a partir de la evitación de determinados estados de cosas en el mundo que resultan lesivos, más bien contribuyen a las técnicas de tipificación de peligro abstracto, que a limitarlas. Y esto porque si lo que se pretende es evitar la lesiones de bienes, ¿qué justificación, funcional o moral, tendría esperar a la lesión para castigar?

c. El bien jurídico como justificación de la importancia del objeto protegido por la norma penal

La crítica de Jakobs es sumamente importante para manejar una teoría del bien jurídico que no incurra en ciertas impropiedades, y esto con más fuerza tratándose de bienes jurídicos colectivos. Pero la protección de la vigencia de la norma no es una idea que alcance a cubrir la función que le compete al bien jurídico en la legitimación del Derecho Penal. La protección de la vigencia de la norma es la función que le compete a la pena, esto es sólo a imputación de una sanción como manifestación de reproche, que puede o no tener otros fines, por una acción determinada anteriormente como antinormativa. Efectivamente, sólo si el objeto de la sanción penal no es la protección de un interés particular, sino del interés colectivo que constituye la norma de comportamiento específica que refuerza la norma sanción, puede el Derecho Penal ser un objeto de protección más o menos idóneo. Con ello se hace evidente que el nivel en el que puede operar la explicación de Jakobs se limita a las afecciones que se derivan de la imposición de la pena, pero no puede en cambio justificar la afección de

⁶⁹ Esto no sólo de forma intuitiva, sino que los estudios del estructuralismo antropológico muestran precisamente que la única norma de difusión universal entre sociedades tribales es la prohibición del incesto. Cfr. **Lévi-Strauss, Claude**; *Les structures élémentaires de la parenté*, École de Hautes Études en Sciences Sociales, 2002.

la libertad de los ciudadanos que se deriva de la prohibición o del mandato de comportamientos determinados bajo amenaza de sanción penal y que justifica, al menos de forma insuficiente pero necesaria, la imposición de la sanción. En lo relativo a la justificación de la norma de comportamiento, y derivativamente de la ley penal, la teoría de Jakobs es ciega puesto que la presupone. Lo anterior, por cuanto si bien el criterio de “la identidad comunicativa de la sociedad” como restrictor de la posibilidad de punir determinados comportamientos puede tener importancia a nivel de la norma de sanción, esto no puede aceptarse en lo relativo a la norma de comportamiento, ya que ésta contribuye a constituir esa identidad. Esto es, si la pena tiene como fin exclusivo mantener la vigencia de las normas y, por lo tanto, la identidad comunicativa de la sociedad, entonces Jakobs tiene razón al hacerla valorativamente neutra, puesto que no puede ser ella portadora de otra comunicación que reafirmación.⁷⁰ Cualquier otra comunicación en un contexto de adjudicación penal sería evidentemente ilegítima. Pero ese no es el caso del establecimiento de la norma de comportamiento. La norma de comportamiento no puede ser pura protección de expectativas, sino que como parte del sistema comunicativo Derecho, también contribuye a constituir expectativas y a constituir la identidad del sistema. La norma de comportamiento sí tiene sentido comunicativo independiente, y las calificaciones deónticas precisamente contribuyen a la formación de la identidad comunicativa de la sociedad.⁷¹

Lo anterior se explica porque la posición de observador que asume Jakobs en su análisis le permite evaluar el fenómeno adjudicativo penal de forma más o menos completo. No así al Derecho Penal. El Derecho Penal no sólo mantiene la identidad comunicativa de la sociedad, sino que contribuye a constituir la identidad comunicativa de ésta. La forma en que el Derecho contribuye, en la teoría de Luhmann, tanto al

⁷⁰ En su evolución reciente, Jakobs relativiza la idea que la pena es pura comunicación ideal de reafirmación. Jakobs distingue explícitamente el **significado** de la pena, que no es más que pura reafirmación, de la **función** de la pena, del dolor que constituye la pena, la que es una forma de reafirmación cognitiva, y no meramente comunicativa en un plano puramente ideal, de la vigencia de la norma. Ver **Jakobs, Günther**, “La Pena Estatal: Significado y Finalidad”, en del mismo “El Fundamento del Sistema Jurídico Penal”, ARA Editores, Lima, 2005, página 47. La distinción entre significado y función, sin embargo, aunque permite justificar varias limitaciones a la norma de sanción, sigue funcionando en un plano completamente ajeno a la norma de comportamiento.

⁷¹ Ya en Luhmann, esta idea es directamente apreciable. El Derecho dispone a la sociedad a la inmunidad, pero no la hace, ni pretende hacerla, inmune a todo cambio.

mantenimiento como al cambio de la identidad comunicativa hace esto manifiesto.⁷² Y si el Derecho Penal es un discurso implicado moralmente, entonces éste requiere de una justificación con pretensiones de corrección que no puede entregar una visión exclusivamente centrada sobre la función de éste como garante de la estabilidad de las expectativas normativas, puesto que también constituye, o contribuye a constituir, expectativas normativas.⁷³

Podría responderse a esto que la justificación de la primera vulneración de ámbitos de autonomía mediante el establecimiento de una norma de comportamiento no es algo propio del Derecho Penal por lo que no requiere de una justificación propia, reforzada, a partir de éste o de una categoría especial de éste.⁷⁴ Pero si bien es cierto que la afección a la libertad de acción también se produce mediante el establecimiento institucional de otras normas de comportamiento, lo propio de la norma de comportamiento penal es precisamente que su vulneración es presupuesto de la aplicación de la norma de sanción penal. Y ese presupuesto requiere justificación tanto comparativo en relación con otras normas de sanción, como autónomo en relación con el valor que presenta el objeto protegido. El bien jurídico, a nivel prescriptivo, no representa más que esa necesidad de justificación.

Afirmar que se requiere de una justificación fuerte en el establecimiento de una norma penal no significa, por cierto, afirmar que esa justificación tenga que hacerse a partir de la comprensión usual del bien jurídico.⁷⁵ Si bien la crítica de Jakobs es insuficiente al trabajar sobre política jurídico penal, sigue teniendo un peso general importante,

⁷² Ver Supra página 25.

⁷³ La idea que el Bien Jurídico es el único criterio que permite justificar sustantivamente la norma de comportamiento penal o, dicho de otra forma, que en las discusiones relativas al bien jurídico se concentra la justificación sustantiva del tipo, no sólo se encuentra en literatura de pura influencia alemana, sino también, por ejemplo, en **Ferrajoli, Luigi**, Op. Cit. N°6, página 459.

⁷⁴ Sin sugerir la irrelevancia del bien jurídico para legitimar la norma de comportamiento penal, pero sí exponiendo la igualdad de afectación que causan también normas de comportamiento contenidas en disposiciones de otros sectores del derecho, Cfr. **Bascuñán, Antonio**, Derechos Fundamentales y Derecho Penal, en Los Derechos Fundamentales. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) 2001. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2002.

⁷⁵ Respecto de la posibilidad de que esa tarea sea cumplida, pese a todas sus deficiencias, por la teoría del bien jurídico, ver por ejemplo **Alcácer Guirao**, Op. Cit. N°6, páginas 80 y siguientes y, en particular sobre el carácter crítico que ésta debe tener, páginas 88 y siguientes.

particularmente tratándose de una categoría en que lo que se protege es una prestación, o la posibilidad de esa prestación, y no directamente esferas de autonomía como en los distintos bienes jurídicos individuales. La crítica de Jakobs permite conocer las limitaciones a la capacidad de justificación y limitación que tiene, prescriptivamente, la teoría tradicional del bien jurídico.

Así, la crítica de Jakobs permite identificar que existen a lo menos dos problemas serios que enfrenta el concepto de bien jurídico. El primer problema es su capacidad de rendimiento para cumplir con su función como principio limitador de la potestad punitiva. Es evidente que su capacidad de rendimiento limitador no es siquiera cercana a la de otros principios, en particular si se le compara con el principio de legalidad o, incluso, con el principio de culpabilidad. Pero la crítica de Jakobs a la capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico excede su menor funcionalidad comparativa. Este cuestionamiento alcanza incluso a la capacidad que tenga el concepto de bien jurídico para cumplir con una función limitadora en forma mínima. El segundo problema, es la capacidad heurística y explicativa del objeto de protección como principio de clasificación e interpretación penal. Ambas cuestiones son decisivas tratándose de un trabajo que asume la posición del legislador, por lo que es necesario manejar un concepto de bien jurídico que pueda hacer frente a ambas falencias.⁷⁶

En relación con el primer problema, parte importante de las funciones que se le asignan al denominado principio de protección exclusiva de bienes jurídicos debieran reconducir a otros principios limitadores, y debieran ser dejadas a simple control argumentativo legislativo. Cómo ya se mostró más atrás, las limitaciones cuantitativas y comparativas que se le imponen al legislador al momento de tipificar se reconducen principalmente al principio de proporcionalidad, y ambas constituyen simplemente formas de control discursivos.⁷⁷ La única limitación propia que impone el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es que exista una justificación moral o funcional y política criminal visible, en sede legislativa y por lo tanto sujeta a crítica

⁷⁶ Sobre la posibilidad de distinguir ambas funciones, *Ibíd.*, páginas 116-117; con mayor detalle, **Müssig, Bernd**, *Op. Cit.* N° 55; sobre ello volveremos enseguida.

⁷⁷ Ver *Supra* página 3.

democrática, del mal que se quiere evitar. Respecto de esto, el Estado tiene la carga argumentativa de demostrar cómo es absolutamente necesario proteger un bien determinado, y como esa protección de ese bien toma en cuenta el interés de todos al restringir su libertad.

El segundo problema que plantea el concepto de bien jurídico para un trabajo como éste, es su posibilidad de rendimiento heurístico, problematizado por la eventual falta de fuerza explicativa que al fenómeno punitivo le puede entregar la idea de que lo que se protege son “bienes”. Pese a que esta polémica se presenta como una polémica respecto de la funcionalidad limitadora del concepto de bien jurídico, influye igualmente sobre la capacidad de rendimiento heurístico del concepto de bien jurídico. La crítica de Jakobs apunta a mostrar la inverosimilitud de la idea de protección de un objeto preconstituido, ya que ésta debiera conducir precisamente a lo que sus defensores quieren evitar: una tipificación más intensiva sobre todo en el ámbito previo a la lesión del bien en cuestión.⁷⁸ Sostener que el Derecho Penal protege la configuración natural del bien es, por lo tanto, inexplicable y disfuncional. Parte importante de los intentos de configuración del concepto de bien jurídico se hayan expuestos a una crítica de este tipo. Al desprenderse en exceso de la sociedad, de la configuración de los bienes por estándares contingentes sociales, y de la forma en que se lleva a cabo esta protección, las teorías del bien jurídico se hacen, a la vez, inverosímiles y antidemocráticas.

Esta es una crítica muy recurrente sobre todo a la tradición del finalismo⁷⁹, pero ha repercutido en toda la historia del intento de presentar un concepto material de delito.⁸⁰ La dificultad de presentar criterios vinculantes y comprensivos de lo que se protege y de lo que se puede proteger penalmente ha estado presente tanto en la concepción de

⁷⁸ Más allá de la monografía ya citada, Cfr. **Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González, Carlos, y Cancio Meliá, Manuel**, Prólogo a Estudios de Derecho Penal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, páginas 40 y siguientes.

⁷⁹ Ver por ejemplo **Müssig, Bernd**, Op.Cit. N° 55, páginas 6 y siguientes.

⁸⁰ Sobre esto, **Günther, Klaus**, De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabre, La insostenible situación del derecho penal, Editorial Comares, Granada, 2000, páginas 490 y siguientes.

lesión de derechos subjetivos de Feuerbach, cómo en todos los intentos posteriores de reconducirlo más generalmente a bienes. O bien el concepto material de delito se presenta cómo demasiado restrictivo, y por lo tanto inverosímil, o bien se presenta cómo demasiado general, y por lo tanto inútil o al menos no-operativo en la medida en que se quisiera. Pasar por encima de este dilema es imposible. La renuncia a la posibilidad de configurar del todo un concepto material del delito que resulte en limitaciones o en rendimiento heurístico, cómo parcialmente hay en Jakobs, es la elección extrema por la verosimilitud, que pierde toda capacidad crítica y explicativa, lo que precisamente era la función original del concepto material de delito.

Pero no es necesario ir tan lejos dogmáticamente, y sobre todo es absolutamente inconveniente si se trabaja en sede legislativa. Sólo es necesario asumir los límites que ha demostrado tener la teoría del bien jurídico. Y esto resulta básicamente en dos concesiones mínimas. La primera, es que los bienes jurídicos se encuentran sujetos a configuración, y no tienen una configuración exhaustiva natural ni institucional, y por ello no reproducen estructuras axiológicas necesarias.⁸¹ Por ello, la configuración de un bien jurídico depende y tiene que hacerse en relación con la identidad comunicativa de la sociedad, lo que siempre es una construcción normativa, siempre es la expresión de normas cuya erosión por defraudación se quiere evitar.⁸² La segunda concesión también apunta en un sentido similar. La función crítica del bien jurídico se reduce a la necesidad de producción de una justificación sustantiva democrática suficiente, esto es, a una justificación que no sólo se refiera a un análisis funcional de la tipificación, sino que además se realice en relación con la identidad propia de la sociedad⁸³, y que, incluya una consideración de los intereses de todos en la configuración de la norma de comportamiento que se protege mediante una norma de sanción penal. Es decir, no se

⁸¹ Müssig, Bernd, Op. Cit. N° 55, páginas 25 y siguientes.

⁸² *Ibíd.* página 28.

⁸³ Parte de la identidad de la sociedad se expresaría en principios abstractos y generales contenidos en textos constitucionales. Esto es, los principios constitucionales no sólo serían expresión de superioridad jurídica jerárquica sino que además serían una forma de expresión de la identidad de la sociedad. Su respeto no sólo es, por lo tanto, un problema de jerarquía normativa, sino también de funcionalidad. Al respecto, *Ibíd.*, página 32.

trata del respeto de valoraciones axiológicas inmanentes, sino de cuestiones contingentes pero que sí son vinculantes en un proceso de deliberación legislativo.⁸⁴

Ello significa, nuevamente, sólo que toda las categorías de delitos deben reconducirse a la protección de una forma de “bien”⁸⁵, que debe ser asumido por el legislador, el que debe justificar la protección del bien en consideración al interés de todos en la protección de ese “bien”, y que una vez identificado lo que constituye el bien que se protege, ello debe jugar un rol relevante en la interpretación de los tipos. Cualquier intento de otorgarle una función más amplia al concepto de bien jurídico implica una resolución demasiado ambiciosa del dilema entre verosimilitud y funcionalidad del bien jurídico, problemática no sólo por inverosímil, sino que además por anti-democrática.

d. Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos

Finalmente, es importante referirse a una última cuestión metodológica. La distinción entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos o universales es conflictiva tanto en la forma en que debe llevarse a cabo, como en sus consecuencias. Incluso las escuelas penales más vinculadas a una comprensión liberal pura del Derecho Penal se han visto obligadas a reconocer que el antiguo paradigma de la exclusiva protección de bienes ligados inmediatamente a la libertad personal ya no es verosímil⁸⁶, y han asignado una importancia creciente al tema. Pese a ello, los criterios para diferenciarlos no son claros, y no siempre se pretende supeditar la importancia de los bienes jurídicos universales a los individuales. Esto puede ser tanto por cuestiones vinculadas a una comprensión sistémica de la sociedad, o por otro tipo de

⁸⁴ Ello se encuentra también, aunque con una pretensión mucho más fuerte, en Roxin y Rudolphi y en el vínculo directo del bien jurídico a la constitución.

⁸⁵ Entendiendo “bien” simplemente como la expresión de una valoración determinada, y no como una cuestión necesariamente identificable descriptivamente y no normativamente. De hecho, la administración de justicia, como bien jurídico, es puramente normativa y no puede ser objeto de una reducción descriptiva.

⁸⁶ Para una exposición clara de esta concepción, ver **Hassemer, Winfried, Viejo y Nuevo Derecho Penal, en del mismo Persona, Mundo y Responsabilidad**, Op.Cit. N°51, páginas 45 y siguientes. Sobre los bienes jurídicos universales y la inverosimilitud de la exclusiva protección de bienes individuales, ver *Ibíd.* página 54. Sin vincularse a estos presupuestos metodológicos, **Müssig, Bernd**, Op.Cit. N° 55, páginas 34 y siguientes.

consideraciones teóricas.⁸⁷ Sin embargo, la justificación de la primacía de los bienes jurídicos individuales o de los bienes jurídicos colectivos no es algo que nos interese aquí. Pero sí nos interesa tener criterios claros de delimitación, y explicar las principales características de los bienes jurídicos colectivos.

En la dogmática Alemana, se han identificado ciertos tests que permiten determinar cuando se está en presencia de un bien jurídico colectivo. Roland Hefendehl acude a dos conceptos centrales para reconocer bienes jurídicos colectivos. Hay bienes jurídicos colectivos cuando no hay “exclusividad en el uso”, muchos pueden hacer uso del bien simultáneamente, y cuando no hay “rivalidad en el consumo”, el consumo normal del bien por uno no perjudica directamente a los otros.⁸⁸ Por la simplicidad de este criterio de distinción, junto con su efectividad, éste será utilizado reiteradamente más adelante.

Por otra parte, Müssig propone diferenciar ambas clases de bienes jurídicos distinguiendo el contexto de las relaciones que regulan. Mientras los bienes jurídicos individuales se refieren a situaciones de conflicto en relaciones directas de interacción entre individuos, los bienes jurídicos universales se refieren antes al establecimiento de sistemas parciales necesarios para ciertas formas de interacción.⁸⁹ Estas características explican los problemas de limitación y graduación de las lesiones a bienes jurídicos colectivos. Mientras por la configuración contingente limitada de los reconocimientos de derechos individuales, y por la existencia de un conflicto individual inmediatamente identificable, es difícil plantear cualquier cosa cómo necesitada de protección adicional en atención a bienes jurídicos individuales, tratándose de intereses supra-individuales, su posibilidad de identificación es mucho más difusa. Además, la tradición de identificación de bienes jurídicos individuales tiene un peso

⁸⁷ Así por ejemplo entre nosotros, Bustos Ramírez critica el paradigma clásico por atribuirle a éste un carácter burgués, y desde ahí defiende la idea que la protección de bienes jurídicos universales se explica y se justifica tanto por cuestiones de necesidad de los miembros de la comunidad, como para hacer posible el funcionamiento de la sociedad. Con ello, lo vincula a una comprensión “material” de la libertad e igualdad jurídica, contra la visión que sería puramente formal del Derecho Penal Burgués. Al respecto **Bustos Ramírez, Juan**, *Obras Completas*, ARA Editores, Lima, 2004, páginas 183 y siguientes.

⁸⁸ **Hefendehl, Roland**, *¿Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04-14 (2002), <http://criminnet.ugr.es/recpc>, página 4

⁸⁹ **Müssig, Bernd**, Op. Cit N° 55, página 37.

cultural tan fuerte que configurar cualquier cosa como bien jurídico individual choca con nuestras concepciones contingentes de bienes jurídicos individuales. No sucede lo mismo con los bienes jurídicos colectivos, los que no sólo no se enmarcan en una tradición cultural de identificación ya constituida, sino que además no tienen vínculo directo alguno ni con la libertad ni con el conflicto particular como medios auxiliares de reconocimiento. Es por eso que, sin mantener todos los presupuestos del Derecho Penal liberal clásico, es sumamente importante, y es una parte esencial de este trabajo, llevar a cabo el proceso de demostración que las formas de interacción que se protegen cómo bienes jurídicos colectivos son relevantes, aunque no inmediatamente, para el ejercicio de intereses personales mínimos.⁹⁰

2. Construcciones tradicionales del bien jurídico en los Delitos contra la Administración de Justicia.

Bajo los presupuestos metodológicos definidos, es necesario llevar a cabo una reconstrucción plausible del bien jurídico Administración de Justicia. Para ello, se mostrarán ciertos problemas generales que sufre esta reconstrucción, se describirán algunas de las teorías que se han construido al respecto, criticándolas, y se desarrollará finalmente una reconstrucción que no sufra de esas críticas y que pueda hacer frente a los problemas que afectan a la categoría.

a. Problemas propios de la categoría en la identificación del bien jurídico

La identificación de un objeto de protección Administración de Justicia se encuentra afecta a una serie de problemas relevantes. Cómo bien jurídico supra-individual, desde un principio es probable caer en la construcción semántica de abstracciones sin contenido específico para justificar el refuerzo penal de determinadas normas de comportamiento. Pero además, uno de los problemas más serios que debe enfrentar la construcción de una categoría de esta clase es que comprende tanto delitos

⁹⁰ Así también **Roxin, Claus**, Op. Cit N° 2 páginas 52 y siguientes, que exige que los bienes jurídicos colectivos que se protejan sean condiciones para el ejercicio de la libertad.

típicamente funcionarios como delitos cometidos por particulares. Parte importante de la dogmática comparada, precisamente en atención a esto y también para centrarse en el tema mucho más relevante desde un punto de vista político criminal de la corrupción, deja de lado las consideraciones sobre los delitos cometidos por particulares al intentar construir un concepto de bien jurídico “Administración de Justicia”. Si bien el fenómeno no es exclusivo a los delitos contra la Administración de Justicia, ya que en las otras áreas de delitos funcionarios también existen delitos que no son especiales propios, la diferencia entre los delitos típicamente reducidos a autoría de funcionarios, como la prevaricación de los jueces, y los delitos típicamente particulares, como la obstrucción a la justicia o el encubrimiento, es particularmente fuerte, y además no existe una preponderancia cuantitativa de los delitos funcionarios. Todo este debe tenerse en cuenta en la discusión relativa al bien jurídico protegido.

También es importante tener en cuenta que tanto en la doctrina nacional como en el derecho comparado, no siempre se distingue entre las categorías “delitos contra la Administración de Justicia” y la categoría “delitos contra la Administración Pública”. Usualmente no se practica esa distinción en contextos en que el derecho vigente no efectúa la distinción, como por ejemplo en Alemania, o en Colombia.⁹¹ Pero esa decisión de tratamiento conjunto también se toma, a veces, en contextos en que sí existe la distinción, como en España⁹², o suele hacerse la distinción en contextos en que no existe positivamente ésta, como en Chile. Más adelante se examinarán las razones de técnica legislativa que hacen o no conveniente consagrar positivamente la distinción, y los factores que permiten distinguir los bienes jurídicos, pero no es un presupuesto de análisis de la categoría el que pueda, o no, distinguirse entre ambos bienes jurídicos. Aún en aquellos textos en que no se realiza la distinción, la consideración del bien jurídico general en cuestión es relevante como objeto de análisis y en muchos casos muy similar a la reconstrucción que se hace distinguiendo dos objetos de protección.

⁹¹ **Reyes Alvarado, Yesid**, Bien jurídico, prevaricato y abuso de autoridad, en Revista Derecho Penal Contemporáneo, Editorial Legis, Bogotá, páginas 85 y siguientes.

b. Reconstrucciones del bien jurídico Administración de Justicia

Sin tomar en consideración si se realiza la distinción entre Administración de Justicia y Administración Pública, a continuación se expondrán a rasgos generales las principales reconstrucciones de la Administración de Justicia como bien jurídico, agrupadas por su grado de similitud pero exponiendo las particularidades de cada una y, en lo posible, sus ventajas y debilidades. Posteriormente se defenderá cual es la teoría correcta y se mostrarán las consecuencias que pueden sacarse de ésta.

b.1 Afección a un derecho colectivo inespecífico

La identificación de un Bien Jurídico en los llamados delitos contra la Administración de Justicia se efectúa, por parte importante de la doctrina, presentando un objeto colectivo más o menos impreciso. En estas construcciones, puede reconocerse una característica común esencial: en ninguna de ellas se advierte que el proceso de identificación del bien jurídico pueda ser problemático por las características propias de la categoría, ni tampoco que puedan extraerse consecuencias verdaderamente relevantes para explicar su sistematización o para justificar su interpretación. Aquí la identificación del bien jurídico opera construyendo un criterio semántico que permita hacer reconducible a éste a todos o casi todos los tipos que se incluyen en la categoría, aunque el criterio no tenga consecuencia alguna, ni pueda ser justificado funcional o sustantivamente.

La tendencia a identificar el bien jurídico de esta forma tiene una explicación simple. Los delitos contra la Administración de Justicia no son una invención reciente, ni han tenido una relevancia importante desde el punto de vista de la crítica al sistema, a diferencia de los delitos contra intereses colectivos propios de la expansión. Además, la mayor parte de la literatura que puede encontrarse sobre el concepto de Administración de Justicia funciona en un nivel naturalmente dogmático, con lo que el ejercicio es efectivamente menos importante que en un trabajo que se sitúa al menos parcialmente a nivel legislativo.

Pero aún cuando sea cierto que existe una menor relevancia funcional en la justificación del objeto de protección cuando se trabaja a nivel dogmático, ello esconde una falencia importante que afecta también al trabajo dogmático. Aunque cómo objeto que merece protección general no se trate de una categoría conflictiva, no identificar con precisión el bien jurídico puede producir igualmente problemas serios en relaciones con la interpretación de tipos particulares de la categoría, y sobre todo en la sistematización de los tipos de la categoría. Esa es la gran falencia del estudio general de la categoría.⁹³

En Chile, parte de la doctrina procede de este modo impreciso. Matus, Politoff y Ramírez, por ejemplo, explican la idea que la Administración de Justicia sea un bien jurídico, expresándolo en términos de intereses públicos. Existiría un interés público en “la fiabilidad del establecimiento de los hechos en los procesos judiciales y en ciertas otras actuaciones judiciales”.⁹⁴ El criterio pretende poner énfasis en la relación de dos aspectos centrales que recorren parte importante de los tipos de la categoría: el proceso y la prueba, dejando un criterio residual para lo que no pueda ser comprendido en ambos conceptos anteriores. Pese a que el criterio no sea del todo preciso, ya que no necesariamente los delitos centrales de la categoría deben afectar la justificación externa de premisas fácticas cómo parece dar a entender, lo que no sucede en el caso del delito paradigmático contra la Administración de Justicia -la prevaricación judicial-, su fuerte radica en que la mayor parte de los tipos que el estudio agrupa en la categoría sí podrían ser reconducidos a esa idea. Pero no ofrece ningún criterio de justificación del objeto de protección, en condiciones que si se determina que ese es el interés que debe ser protegido, ello afectaría fuertemente la interpretación de la categoría.

La idea, además, es muy cercana a la doctrina que identifica a la verdad, en contextos institucionales, cómo lo que efectivamente se protege en los delitos contra la

⁹³ Además, en tipos particulares más conflictivos que incluyen en la categoría se podrían verse sujetos a la crítica de falta de objeto de protección por “abstracción impalpable”. Sobre este concepto, ver **Roxin, Claus**, Op.Cit. N°54, páginas 39 y siguientes.

⁹⁴ **Matus, Jean Pierre, Politoff, Sergio y Ramírez, María Cecilia**, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, página 213.

Administración de Justicia. Aquí Matus, Politoff y Ramírez lo plantean como un atentado indirecto contra la verdad. Lo que se protegería es la confianza en la producción general de verdad en el proceso, o la posibilidad de que ésta se produzca. Un criterio de este tipo, es absolutamente inverosímil. En primer lugar, porque si bien es evidente que todo sistema probatorio pretende acercarse a un esclarecimiento material de los hechos, no es lógicamente posible decir, desde ninguna teoría de la verdad, que ésta sea un objeto posible en el contexto del proceso. Con ello, se estaría protegiendo un objeto indemostrable o no protegible.⁹⁵ En segundo lugar, si lo que efectivamente está detrás de los delitos contra la Administración de Justicia es la protección de la verdad, sería necesario exigir en todos los tipos un resultado específico de afección a ésta. Y exigir esa afección no sólo es inverosímil, ya que requeriría prueba de “la verdad” del caso, sino que además presupone que el proceso es una instancia cuya pretensión central, e incondicional, es la obtención de la verdad fáctica. Pero en una sociedad moderna, desde el momento en que es necesario proceder, inexcusablemente, a resolver institucionalmente conflictos, hay una tensión necesaria con la idea de verdad. La existencia de plazos u oportunidades probatorias, la existencia de limitaciones de tiempo y de contenido de la prueba, la existencia de formas de valoración de ésta que no sean directamente constatativas, todas son demostraciones que la obtención de la verdad al menos no es un valor incondicional, ni un valor cuya defraudación constituya una infracción. Es decir, la imposibilidad de protección de la verdad no sólo es fruto de especulaciones teóricas en torno al status epistemológico del concepto de verdad, sino que responde a una decisión institucional.

Por último, el particular acercamiento indirecto al objeto de protección, a partir del concepto de “fiabilidad”, hace susceptible a esta reconstrucción de las mismas críticas que pueden formularse a las teorías que, de modo general, reconducen el bien jurídico Administración de Justicia a la “confianza” en la administración de justicia como categoría orgánica. Mientras más ineficaz o corrupta sea una sociedad, y menos

⁹⁵ Con esto no se quiere decir que sea irrelevante la existencia de desviaciones en la producción de la prueba. Se trata de un factor sumamente relevante en la categoría. Pero no es la verdad cómo valor trascendental, o su posibilidad, lo que tiene relevancia institucional, sino los efectos que dejan de producirse y las desviaciones en la estabilización de expectativas que acarrea la producción deliberadamente falsa de un proceso.

confianza por lo tanto deposite la opinión pública en la autoridad en cuestión, o en este caso en su capacidad de reconstruir verosímilmente los hechos, menos digna de protección sería esa confianza.⁹⁶ Y ello es contraintuitivo respecto de nuestras representaciones del Derecho Penal.

b.2 Determinación por criterios institucionales

Parte de la doctrina, tal vez con el objeto de poder incluir de forma más completa a los tipos de la categoría, pretende identificar el bien jurídico en criterios institucionales relacionados con la Administración de Justicia, o en su caso con la Administración Pública. En general, estos intentos se plantean de forma aún más general que en la clase anterior, por lo que tienen menos problemas de inclusión de los tipos en cuestión. Pero su potencial explicativo de la legitimidad de la persecución penal en este ámbito, y sus consecuencias heurísticas, son aún más débiles.

En esta línea en España, por ejemplo, se encuentra Muñoz Conde. En su manual de Parte Especial, éste reconduce el bien jurídico Administración de Justicia a un criterio institucional impreciso. Serían delitos contra la Administración de Justicia los que tengan “relación con el Poder Judicial”.⁹⁷ El criterio no sólo no entrega argumentos que permitan reconocer la razón de la importancia del objeto de protección, de forma de explicar la tipificación, pero además el criterio no puede jugar ningún papel decisivo en la interpretación y reconstrucción racional de la categoría, y ni siquiera, pese su generalidad, permite comprender verosímilmente, sin explicaciones adicionales, los tipos que se enmarcan en el Código Penal Español. Esto porque de lo que se trata es precisamente de precisar qué es esta “relación” con el Poder Judicial. Naturalmente, todo tipo penal tiene alguna relación con el Poder Judicial, ya que éste es el encargado de su aplicación. Pero en el caso de los delitos contra la Administración de Justicia, se trata evidentemente de una relación más fuerte que ésta. Y ésta tampoco

⁹⁶ Con mayor detalle, **Kindhäuser, Urs**, Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la Economía y la Sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán. Polit. Crim. N°3, 2007, A1, página 9, [<http://www.politicacriminal.cl>].

⁹⁷ **Muñoz Conde, Francisco**, Derecho Penal Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, páginas 918 – 919.

puede ser suficientemente restrictiva como para exigir ser efectuada *por* el Poder Judicial, ya que no sólo hay delitos especiales propios, y ni siquiera *en* el Poder Judicial, ya que otros tantos, como el encubrimiento, pueden no ser realizados en el contexto especial del proceso. Por ello, el criterio no es satisfactorio ni aún en su pretensión de poder abarcar todos sus tipos al formularse de forma general.⁹⁸

En un estudio más minucioso sobre el tema, Donna pretende reconducir a los Delitos contra la Administración Pública a un bien jurídico determinable por criterios institucionales más flexibles. No se trataría sólo de la conjunción del Poder Judicial y del resto de la Administración Pública, lo que correspondería a un concepto propio del Derecho Administrativo, sino que en materia penal sería necesario hacerlo más extensivo.⁹⁹ Para ello, construye un concepto que tenga una amplitud mucho mayor, y que lo caracteriza cómo “el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones práctica y en orden a finalidades pública, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aun cuando éstos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes”.¹⁰⁰ El Bien Jurídico lo construye, por lo tanto, sumando cuestiones accesorias al núcleo de lo que constituiría a la Administración Pública. Con ello, todos los tipos en cuestión podrían ser reconducidos a este objeto protegido. Pero es evidente que el concepto que construye sufre de una serie de problemas importantes. En primer lugar, porque no explica la razón de la protección penal. El concepto tiene una pretensión exclusivamente clasificadora y agrupadora, y no permite reconducir al interés de todos la protección del objeto colectivo que pretende identificar. Pero además el concepto que entrega para identificar el bien no parece ser más que una suma de cuestiones diversas cuya unidad la constituye exclusivamente la tipificación contingente. Y eso no

⁹⁸ En la misma línea se encuentra una parte importante de la doctrina penal en lengua española. Con mayor detalle en **Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena**, Los Delitos contra la Función Pública, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, página 161.

⁹⁹ **Donna, Edgardo Alberto**, Derecho Penal: Parte Especial, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, páginas 11 y 12.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, página 12.

es el objeto de la construcción de un bien jurídico. Este es precisamente el gran problema que sufren todas las construcciones enmarcadas en esta categoría.¹⁰¹

b.3 Verdad y Fe Pública

Parte de la doctrina nacional y comparada¹⁰², respecto de algunos delitos que se suelen identificar como atentados cometidos por particulares contra la Administración de Justicia, lo agrupan bajo consideraciones que se acercan a la idea de verdad en contextos institucionales. Lo que se protegería no sería una institución, como en las teorías anteriores, sino que se reforzaría la confianza en la institución. Aunque esta teoría puede ser formulada de formas absolutamente inútiles desde la perspectiva del bien jurídico, existe una formulación que tiene un grado importante de plausibilidad. Lo que se protegería no sería el respeto por la institución en sí de la administración de justicia, pero se reforzarían algunos presupuestos necesarios para el cumplimiento de su función, tanto desde la perspectiva de la veracidad de los hechos que en ella se invocan, como desde de la perspectiva de su imparcialidad.

En la doctrina chilena reciente, la posición de Garrido Montt es ilustradora. Pese a que reconoce que hay tres objetos distintos que podrían considerarse lesionables en el título IV del Libro II del Código Penal, y que entre ellos los tipos del párrafo 7 podrían ser considerados delitos contra la administración de justicia¹⁰³, al referirse en particular a este párrafo descarta esta posibilidad en nuestra codificación porque pese a que exista una lesión “mediata (...) al poder que tiene el Estado como titular de la facultad jurisdiccional”¹⁰⁴, “en el hecho lo prohibido es faltar a la verdad objetiva”.¹⁰⁵ Otra de las razones que reconoce Garrido Montt para inclinarse por quienes agrupan el bien jurídico en relación con la verdad, en el gran objeto de protección “fe pública”, es que puede explicar de mejor forma la sistematización del Código Penal. Lo último es, en una reconstrucción de orígenes, cierto. Tal cómo lo señala Garrido Montt, y como se

¹⁰¹ Para otras críticas, ver **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. N° 98, página 156.

¹⁰² Con mayor precisión en **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. N° 98, página 97.

¹⁰³ **Garrido Montt, Mario**, Derecho Penal Parte Especial Tomo IV, Editorial Jurídica, Santiago, 2000, páginas 10 y 11.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, página 107.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

verá con algo más de detalle más adelante, en la codificación de esta clase de delitos, se tuvo como modelo el Código Penal Español de 1848 y el Código Penal Belga. El primero, agrupaba esta clase de delitos bajo “las falsedades”. El Código Penal Belga de 1867, por su parte, derechamente clasificaba en relación con la fe pública.¹⁰⁶ Lo que se hizo en el Código Penal, fue fusionar ambas consideraciones, las que tienen alguna cercanía conceptual imprecisa con la protección de la “verdad”.

Sin embargo, pese a que el criterio que haya utilizado en su momento el legislador haya dicho relación con el rechazo a la falsedad, y por lo mismo el objeto de protección tenido en mente haya sido la verdad o la confianza, existen una serie de inconvenientes imposibles de superar en la reconstrucción racional de un objeto de este tipo. El primero es que tratándose de delitos de falso testimonio, el núcleo de la clase que Garrido Montt trata de explicar, la referencia a la verdad confunde la norma de comportamiento con el objeto de protección. Una cosa es la obligación del testigo de comportarse de determinada forma, de decir lo que él cree es toda la verdad, y otra cosa es la razón que se encuentra tras esa obligación, y tras el refuerzo penal parcial a esa obligación. Sin su grado de sofisticación, esta teoría precisamente se rehúsa a hacer lo que Jakobs se rehúsa a hacer de forma general. Simplemente repite la idea de lo que se protege es una obligación jurídica, un deber. Garrido Montt de hecho hace explícita la idea, al citar a Etcheverry quien sostiene que lo que se encuentra detrás del falso testimonio es “la infracción del deber que la ley impone de decir la verdad cuando se declara en calidad de testigo en proceso seguido ante la autoridad judicial”.¹⁰⁷ La existencia de deberes especiales del testigo es evidente, pero no es suficiente para fundamentar su castigo penal por la infracción de esa obligación. De lo que se trata es precisamente de elucidar qué es lo que se protege cuando sólo en ese contexto existe un refuerzo penal de la sinceridad del comunicante. Y, en segundo lugar, es evidente que su formulación no alcanza agrupar otros delitos de la categoría.

Con ello, la única forma posible de formular un bien jurídico cercano a la verdad sería de forma indirecta, en relación con la confiabilidad del sistema en poder producirla.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, página 105.

¹⁰⁷ *Ibíd.* página 108.

Pero si ese es el caso, el concepto sería inverosímil por todas las críticas que en su momento se le hizo al concepto, muy cercano, de Matus, Politoff y Rámirez.¹⁰⁸ Además, aún cuando sea cierto que existe un interés depositado en la confianza de la posibilidad de producción de la función de la administración de justicia en condiciones “confiables”, ello aún no sirve para explicar precisamente cuál es el bien que produce esa función y, ni siquiera, cual es el objeto de la función. Ello no quiere decir, por cierto, que como veremos más adelante la confianza no sea relevante en la determinación del contenido del bien jurídico.

Pese a que sean demasiado estrechas e imprecisas para poder permitir construir un concepto de bien jurídico Administración de Justicia, estas teorías tienen un mérito importante en la explicación de una parte de los delitos contra la Administración de Justicia. Como se explicará más adelante, el contexto específico del proceso, que no es más que un contexto construido para ser confiable, es particularmente importante en la justificación y explicación de algunos tipos de la categoría. Y esto lo resaltan estas teorías, lo que es ciertamente valioso.

b.4 Otras reconstrucciones

Como cualquier bien jurídico colectivo, y pese a su aceptación histórica, existen numerosas formas de reconstruir el bien jurídico Administración de Justicia, las que se hacen sobre todo a partir de la utilización de otros términos semánticamente imprecisos, sólo a veces precisados por quien los propone. Así, por ejemplo, sucede con la idea que se protege “la justicia”.¹⁰⁹ Cuando se mantienen este tipo de conceptos como meras manifestaciones semánticas, son evidentemente inútiles. Cuando se las trata de precisar, en cambio, en general reconducen a ideas que no son inmediatamente asimilables al concepto semántico que se propone, y se acercan a algunas de las ideas tradicionales ya descritas, o a la que se desarrolla más adelante. Por ello, no vale la pena tratarlas aquí.

¹⁰⁸ Ver Supra, página 55.

¹⁰⁹ Sobre el particular, ver **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. Nº 98, página 159 a 162.

Sin embargo, existe un caso especial que merece ser considerado aparte. En Alemania, Kindhäuser intenta una reconstrucción del bien jurídico Administración Pública a partir de un acercamiento dogmático al fenómeno de la corrupción. Tratándose de la corrupción en el Estado, Kindhäuser considera que los distintos tipos involucrados en la cuestión en Alemania no pueden reconducirse ni a protección de la voluntad del Estado frente a falsedades, por inverosímil y difícilmente justificable¹¹⁰, ni a la protección de la confianza en la Administración, ya que si fuera la confianza lo que se protege, a menor confiabilidad del objeto de protección, menos digno de protección sería el objeto. Y eso es contrario a la función del Derecho Penal.¹¹¹ La única respuesta satisfactoria que Kindhäuser encuentra en relación con el objeto de protección en los tipos relacionados con la corrupción, es que se trata de proteger el poder de decisión frente a intereses particulares. Básicamente se cautela porque el poder de decisión cumpla con independencia e imparcialidad.¹¹²

La reconstrucción de Kindhäuser, presentada someramente aquí, tiene la particularidad de ofrecer un acercamiento verosímil al tema, que además cumple con ligarse a un acercamiento funcional institucionalizado. En ese sentido, comparte ciertos rasgos con la reconstrucción que se presentará más adelante. La diferencia radica simplemente en que la reduce, porque sólo trata el tema de los delitos funcionarios vinculables a la corrupción. Y, por la particular mezcla de delitos de funcionarios y delitos de particulares que hay en los delitos contra la Administración de Justicia en la codificación iberoamericana, eso resulta demasiado estrecho como para ser un buen criterio de reconstrucción general. Por lo demás, como se demostrará, existen buenas razones para agrupar los delitos funcionarios contra la Administración de Justicia con los delitos comunes contra ésta.

b.5 Consideraciones generales sobre las deficiencias en la construcción del bien jurídico Administración de Justicia.

¹¹⁰ Kindhäuser, Urs, Op.Cit. N° 96, página 9.

¹¹¹ Ibíd.

¹¹² Ibíd. páginas 9-11.

Como se ha visto, las formas usuales en que se procede a identificar el bien en la categoría no se encuentran completamente erradas. Su problema no es siempre que identifiquen algo errado, sino que identifican algo a lo que no le asignan contenido. Parte importante de la doctrina coincide en que la Administración de Justicia, o la Administración Pública en su caso, tiene una importancia central en la organización de la sociedad o en la configuración del poder del Estado. Es evidente incluso que dependiendo el mismo Derecho Penal de la Administración de Justicia, su desprotección absoluta implicaría una auto-destrucción posible del Derecho Penal. La Administración de Justicia no sólo es central para la sociedad, es además necesaria para la existencia del que, en este caso, es su objeto: el Derecho Penal. Pero precisamente por la evidencia manifiesta de este “carácter central”, casi ningún análisis da el paso adicional de mostrar en qué consiste exactamente ese “carácter central”, ni de mostrar en qué medida podría necesitar de protección, ni menos en qué medida necesita protección específicamente penal. Todos lo presuponen, lo que no permite extraer ninguna consecuencia.

A continuación, se presentará una reconstrucción de la Administración de Justicia que, si bien no es novedosa en sí, sí permite asignarle contenido como objeto de protección, y así justificar su protección.

3. La Administración de Justicia como presupuesto específico de la libertad general de acción en una sociedad compleja

a) El bien jurídico Administración de Justicia

Conforme a lo que ya se expuso en la primera parte, puede verse con claridad como, en primer lugar, en la estructuración de las sociedades modernas, la institucionalización del Derecho es esencial para la coordinación de la acción. La administración de justicia, en ese esquema, cumple la función específica de estabilizar expectativas normativas, y por lo mismo es un presupuesto específico de la libertad general de acción. Para ello, la administración de justicia se constituye entorno a

ciertos presupuestos necesarios para poder lograr ese cometido en una sociedad compleja y democrática.

Los ataques contra la Administración de Justicia (como bien jurídico), las acciones lesivas que afectan a los presupuestos de la administración de justicia (como organización institucional) de una forma particularmente intensa, son, en un sentido muy específico, afecciones a la posibilidad de la libertad en una sociedad moderna. No se trata de afecciones a una libertad de acción concreta e individual, pese a que puedan producirse afecciones a libertades individuales en delitos contra la Administración de Justicia, las que, sin embargo, no tendrían relevancia específica salvo en cuestiones concursales o, eventualmente, en la determinación de la penalidad.¹¹³ Precisamente por esta falta de vínculo intrínseco con libertades individuales, los delitos contra la Administración de Justicia no constituyen delitos contra intereses individuales.

Por cierto, exigir un resultado de lesión de libertad específica, cómo manifestación de coacción ilegítima por no estar revestida de formas jurídicas, sería una forma posible de configurar a estos delitos. De hecho, varios delitos que algunos autores suelen agrupar como ataques parciales a la Administración de Justicia, constituyen delitos contra la libertad, y así lo reconocen éstos.¹¹⁴ Es perfectamente pensable un sistema que, para prescindir en el Derecho Penal de bienes jurídicos colectivos, organice como delitos contra la libertad, o contra otros bienes jurídicos individuales, a ciertos delitos que se suelen agrupar como delitos contra la Administración Pública o contra la Administración de Justicia. Ese sistema, para evitar lo que consideraría un procedimiento de auto-degradación, dejaría las áreas no lesivas de derechos individuales en manos de sanciones administrativas, y exigiría un resultado lesivo reconducible a intereses personales en los delitos en cuestión. Así por ejemplo la prevaricación, delito que en principio, en el nivel de la punibilidad¹¹⁵, no requiere

¹¹³ Como se verá más adelante, esta es la situación de varias codificaciones moderna y, en algún sentido, incluso del Código Penal Chileno.

¹¹⁴ Por ejemplo **Muñoz Conde**, Op.Cit. N° 97, página 920, califica a las detenciones ilegales cómo delitos que afectan en su “aspecto ideológico” a la Administración de Justicia.

¹¹⁵ No así en el nivel de la penalidad. Ver Infra páginas 179 y siguientes.

necesariamente de un resultado lesivo a un particular, se configuraría de forma tal que exigiera un afectado particular, y que esa afección a esa persona se tradujera en lesión de la libertad (por ejemplo, privación de libertad definitiva o cautelar) o en una lesión de la propiedad. Pero pese a que ese sistema sea posible, algunos dirían incluso sensato, es absolutamente inverosímil frente a la legislación vigente, y frente a lo que podría deducirse del Anteproyecto. Intentar construir un modelo a partir de esta idea rompería demasiado fuertemente con la tradición. Por ello, no parece ser un modelo para un proyecto alternativo viable. Como ya se dijo, en nuestra tradición, los delitos contra la Administración de Justicia no son una clase de delitos contra la libertad.

De lo que se trata es de la afección de una condición de posibilidad específica de la libertad general de acción: la administración de justicia como estabilizador del contexto que permite la libertad general de acción. Los delitos contra la Administración de Justicia tienen como objeto de protección exclusivamente esa condición de posibilidad. Son tipos que se agrupan entre sí, y que justifican prima facie su punibilidad, en el hecho que protegen una condición esencial para la posibilidad de la libertad general de acción en una sociedad moderna, esto es que la administración de justicia pueda estabilizar expectativas normativas. Los delitos contra la Administración de Justicia tienden a impedir la posibilidad de estabilizar expectativas normativas, ya sea afectando directamente la intangibilidad de sus presupuestos teóricos –reseñados como principios-, ya sea atacando otros presupuestos ligados de forma contingente pero esencial al correcto cumplimiento de su función, en particular el proceso y la investigación penal.

Por cierto, del hecho que proteger esa condición de posibilidad de la libertad sea necesario no quiere decir directamente que ese criterio pueda explicar todos los tipos que se agrupan en la categoría. Esa es una tarea que tiene que llevarse a cabo paulatinamente, y que se desarrollará a medida que avanza todo este estudio. Pero el criterio en cuestión sí permite llevar a cabo la primera labor de la construcción de un concepto de bien jurídico, a saber entregar una justificación sustantiva prima facie de la categoría.

La construcción de un bien jurídico de estas características resulta ciertamente muy distinta a los bienes jurídicos individuales tradicionales. Dos son las características que lo diferencian más claramente de éstos. En primer lugar, su carácter supra-individual. La justificación de la punición no se refiere la afección de los derechos o de los bienes de un otro específico. Sólo cuando el bien jurídico en cuestión es afectado de forma masiva, se ven afectados derechos o bienes de otros por la pérdida de vigencia de ese bien. Pero eso no lo realiza ninguna acción particular. Se trata en cambio de la protección de condiciones de posibilidad de esos derechos del grupo, de la protección de la configuración de toda la comunidad.¹¹⁶ Precisamente ese es el segundo carácter distintivo de esta clase de bienes jurídicos colectivos. Son bienes secundarios, bienes que se remiten a los bienes jurídicos primarios, que sólo se justifican en relación con éstos. La existencia de la administración de justicia, y su correcto funcionamiento, es un presupuesto del ejercicio de la libertad general de acción conforme a una ley general. Pero además es un presupuesto evidente para la existencia de la propiedad y del patrimonio¹¹⁷, y para la configuración normativa de la vida, la libertad sexual, y en general de todos los bienes jurídicos individuales. Es esa condición de posibilidad, contingente y configurada de modo contingente, la que se protege.

Los delitos contra la Administración de Justicia funcionan así en un plano curioso. Todo el Derecho Penal se constituye en relación con la protección de otros bienes, distintos de sí mismo. Incluso si se sostiene una teoría normativista, o una justificación

¹¹⁶ Con ello, puede verse con claridad como tanto conforme a los criterios que entrega Hefendehl, como conforme a la teoría de Müssig, se trata de bienes jurídicos colectivos. Ver Supra páginas 49 y siguientes. Respecto del vínculo entre posibilidad de la libertad general de acción y bienes jurídicos colectivos, ver **Kahlo, Michael**, Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en el derecho penal, en Hefendehl y otros, La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007, páginas 56 y siguientes.

¹¹⁷ En el mismo sentido, **Jakobs, Günther**, Op. Cit. N° 67, página 19. En la filosofía moderna, en particular en la tradición liberal británica y en Kant, es usual considerar a la instauración del derecho como condición de posibilidad, sobre todo, de la propiedad, aunque en un sentido muy distinto a lo que constituye a la propiedad en materia civil. Hegel, por su parte, considera que el derecho constituye a la personalidad, fundamento de todo el derecho abstracto, la propiedad, existencia inmediata de la libertad en relación consigo misma, y del contrato, relación diferenciada de una persona con otra en calidad de propietario, y por lo tanto es condición de los tres. Ver **Hegel, G.W.F.**, Op.Cit. N° 40, páginas 59 y siguientes, 96 y siguientes, y 206 y siguientes.

de la pena puramente retributiva, el vínculo con la posibilitación de la propiedad y, en un sentido general, de la personalidad, es indesmentible. Aquí simplemente se sustituiría el carácter preventivo de la pena a un carácter únicamente expresivo de la corrección, o de la existencia, de éstos.¹¹⁸ Así la Administración de Justicia sería exclusivamente un objeto constituido como objeto protector. Lo anómalo en los delitos contra la Administración de Justicia es que ésta se constituye en un objeto protegido por sí mismo. Aquí se superpone el carácter protector de la Administración de Justicia, con un carácter único, al menos penalmente, de objeto protegido. Con ello no sólo se trata de delitos anómalos porque lo que se protege es la falta de producción de un bien jurídico, como se suele afirmar respecto de bienes institucionales¹¹⁹, sino que su principal anomalía radica en este desdoblamiento del bien protector en bien protector y bien protegido por sí mismo. Ello no es extensible a ningún otro bien jurídico colectivo¹²⁰, ni puede ser tampoco completamente explicado por la reducción del delito a infracción de deber.

b. Construcciones similares de la Administración de Justicia y críticas

Esta construcción del bien jurídico, en términos generales, no pretende ser novedosa. Parte importante de la doctrina tanto en Alemania, como en España, Argentina y Colombia¹²¹⁻¹²², llega a conclusiones similares, aunque con formulaciones y presupuestos distintos. De forma también parecida, aunque con diferencias metodológicas importantes, se refiere el propio Jakobs a los delitos contra la

¹¹⁸ Sobre el alcance del carácter expresivo de la pena en una justificación retributiva de ésta, Cfr. **Mañalich, Juan Pablo**, Op.Cit. N° 61, páginas 29 y siguientes.

¹¹⁹ Ver Infra. páginas 68 y siguientes.

¹²⁰ Ni siquiera completamente en los delitos contra la Administración Pública. El papel expresivo de reproche, y de corrección del comportamiento correcto de la Administración, radicaría igualmente en la Administración de Justicia. Incluso si existiera algo así como delitos contra la legislación, que en principio dependieran de los deberes de los legisladores, el objeto protector sería distintos del objeto protegido. Porque pese a que quienes constituirían o reforzarían el deber de comportamiento serían quienes “producen” derecho, su protección quedaría radicada en la Administración de Justicia.

¹²¹ Respecto de la doctrina mayoritaria en Argentina, ver **Donna, Edgardo**, Op.Cit. N° 99, páginas 15-16.

¹²² Pueden encontrarse comprensiones similares derechamente en la conceptualización general del Bien Jurídico que realizan algunos autores. Roxin, de hecho, en su conceptualización del Bien Jurídico introduce como parte del concepto a las “circunstancias dadas (...) que son útiles (...) para el propio sistema”, en **Roxin, Claus**, Op.Cit. N°2, página 56. Rudolphi hace lo propio en su concepto, citado por **Hefendehl, Roland**, Op Cit. N° 88, página 3.

Administración de Justicia al presentarlos como un ejemplo de una categoría que la teoría del bien jurídico no puede alcanzar a explicar. Jakobs, al intentar reconstruir de la forma más verosímil posible al bien jurídico Administración de Justicia, como test de verosimilitud de la teoría del bien jurídico, demuestra que se trata de una condición de posibilidad de las formas de convivencia que se reconocen en sociedad.¹²³ Pero en la concepción de Jakobs del hecho que la Administración de Justicia posibilite bienes, no se deduce que ella misma sea un bien,¹²⁴ ya que lógicamente en los delitos contra intereses individuales puede distinguirse entre la acción lesiva y el bien que se lesiona. Sólo si es al menos posible hacer esa diferenciación, tiene sentido construir un concepto trascendente de bien jurídico. Pero tratándose de los delitos contra la Administración de Justicia, sucede exactamente lo contrario. La lesión no se produce en algo que sea posible distinguir de la acción, sino que el incumplimiento del deber del juez implica la no producción del bien.¹²⁵ Jakobs no quiere decir, sin embargo, que no sea posible re-configurarlo de forma más convincente cómo bien, ahora dependiente de normas, pero sí que configurarlo derechamente como infracción de deber sería, por lo mismo, más adecuado.¹²⁶

No resulta convincente, sin embargo seguir tan de cerca a Jakobs, por dos consideraciones. En primer lugar, por lo que ya se explicó al referirse a los presupuestos metodológicos. En un trabajo no dogmático, asumir sin más una teoría que renuncia a asumir posición de partícipe y que renuncia a poder evaluar la legitimidad y la utilidad de la tipificación, es contraproducente pese a su verosimilitud. En segundo lugar, porque la legislación que intenta reconstruir Jakobs es distinta de la nuestra. La forma en que el Código Penal Alemán trata a los delitos contra la

¹²³ Sobre todo de la propiedad, en lo que sigue la tradición de la filosofía moderna. Esto es un tema central en la dogmática de Jakobs, tomado de los Principios de la Filosofía del Derecho de Hegel. La propiedad, en sentido amplio, representa el ámbito central de la capacidad de organización que el Derecho le otorga a la persona. Sobre ello, ver **Jakobs, Günther**, Consumación material en los delitos de lesión contra la persona, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04-13 (2002), <http://www.criminet.ugr.es/recpc>.

¹²⁴ Ello reproduce en forma imprecisa lo que ya se dijo del desdoblamiento de la Administración de Justicia en esta categoría.

¹²⁵ Desde ya, es sumamente importante mostrar la contradicción que esto tiene con la idea del derecho penal liberal clásico que las obligaciones de las que se derivan sanciones penales alcanzan sólo a omisiones. Cfr. **Günther, Klaus**, Op.Cit. N° 80, página 491.

¹²⁶ En todo, **Jakobs, Günther**, Op.Cit. n° 67, páginas 19 y siguientes.

Administración de Justicia se centra casi completamente en la distinción entre deberes institucionales especiales y ausencia de éstos, y por ello agrupa a la Administración de Justicia con la Administración Pública, produciéndose diferencias esporádicas en la penalidad.¹²⁷ Pese a que esa distinción en este trabajo tiene un rol central, ni la legislación chilena, ni el Anteproyecto ni el Código Penal Español mantienen esa distinción. Por ello, llevar la distinción al extremo podría ser contraproducente para producir una crítica fuerte.

Respecto de la crítica principal de Jakobs, esto es que la reformulación de deberes en bienes es poco convincente, ello sucede sólo si se entiende la idea de bien jurídico en términos excesivamente naturalistas y ligados a teorías fuertemente preventivas de la pena. Nada de eso se pretende hacer aquí. Como ya se ha expuesto, el bien jurídico no constituye más que el objeto protegido en un alto grado de abstracción de varios tipos, y la justificación sustantiva común que comparten esos tipos. Sólo si se comparten las premisas preventivas de la concepción mayoritaria del bien jurídico, en la que lo que siempre hace el Derecho Penal es tender a prevenir el daño futuro a bienes, no resulta posible explicar en términos de bien jurídico los llamados delitos de infracción de deberes especiales.¹²⁸ Pero las pretensiones de la introducción del concepto de bien jurídico aquí son mucho más humildes. La idea central que hace que la crítica de Jakobs no sea aplicable a la concepción aquí defendida, es que el bien que se protege en nuestra concepción es una conjunción de normas, las normas de comportamiento que constituyen a la función judicial y a formas de solidaridad con ésta. Ellas, por cierto, son constitutivas de un deber, pero su valor no se deduce del carácter de deber que tienen. Ese valor que justifica la instauración y el reforzamiento de esas normas, es el bien jurídico.

¹²⁷ Ver Infra páginas 190 y siguientes.

¹²⁸ Y así se explica la llamada “barrera definicional” que le atribuyen algunos autores a Jakobs, con la que no permitiría reformular de forma convincente el bien jurídico en los delitos de infracción de deber especial. No es que se trate de un problema semántico que lleva a una formulación estática, y no dinámica, del bien jurídico. Pero si se pretende explicar el derecho penal relacionándolo exclusivamente con la protección futura de bienes determinados, ello necesariamente depende de que los bienes en cuestión sean respetados mediante abstención. Respecto de la crítica, Cfr. **Alcácer Guirao, Rafael**, Op.Cit. N°6, página 134, y **Peñaranda-Suárez, González y Cancio Meliá**, Op.Cit.N° 78, página 35.

También acierta la parte de la dogmática alemana que sostiene que el objeto de protección se encuentra constituido por el aseguramiento de condiciones de funcionamiento en que los tribunales y otros organismos puedan y quieran adoptar decisiones adecuadas. Particularmente relevante es el vínculo que suele hacerse en ese contexto con la protección de la confianza. Así, se sostiene usualmente que el adecuado cumplimiento de la función sólo puede hacerse en condiciones de confiabilidad de las decisiones de los tribunales. Este criterio es particularmente acertado si se considera, precisamente, que la prestación que entrega la administración de justicia es dependiente de la capacidad de interacción comunicativa con los miembros de la sociedad. Ello aclara la relevancia de la confianza: es ésta la que permite el desempeño comunicativo del subsistema judicial.

En el contexto Español, a partir de un análisis particularmente interesante, Asua Batarrita identifica el objeto de protección de forma relativamente similar a lo que aquí se defiende. Aquí las bases metodológicas también son muy distintas. Lo que Asua pretende hacer es reconstruir el objeto de protección de los delitos contra la Administración Pública a partir de una explicación práctica del fenómeno criminológico de la corrupción.¹²⁹ Pero al intentar conectar esta forma de análisis criminológico, cuyas pretensiones son político criminales, con un estudio de corte dogmático, Asua reconduce los delitos contra la Administración Pública a atentados contra condiciones posibilitadoras del ejercicio de derechos fundamentales.¹³⁰ Con ello pretende solucionar tanto los problemas que se suelen encontrar en la doctrina tradicional, a saber irreflexividad y falta de contenido, como los que se encuentran en la doctrina que reduce el concepto material de delito a pura infracción de deber, que si bien es sumamente verosímil, no tiene ningún potencial legitimador.¹³¹ Por ello, reconociendo como principio esencial de la justificación material del delito el que se protejan intereses fundamentales de los ciudadanos, reconstruye los delitos en relación con expectativas de los ciudadanos relativos al ejercicio del poder estatal. “El

¹²⁹ **Asua Batarrita, Adela**, La Tutela Penal del Correcto Funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria, en Delitos contra la Administración Pública, edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, páginas 13-14.

¹³⁰ *Ibíd.* páginas 18-19.

¹³¹ *Ibíd.* páginas 20-21.

funcionamiento correcto de la Administración”, que en la práctica e institucionalmente se constituye para posibilitar el cumplimiento de esas expectativas, podría así ser visto correctamente como el bien jurídico protegido, lo que además contaría con apoyo institucional.¹³² Asua se encuentra igualmente consciente que algo así como “el correcto funcionamiento de la Administración” no puede ser identificado como “bien” de la misma forma que puede serlo, por ejemplo, la vida.¹³³ Por ello, recurre a los presupuestos que institucionalmente especifica la Constitución, en un alto nivel de abstracción, para el correcto funcionamiento de la sociedad. Aquí el bien jurídico se constituye de forma puramente institucional, y además es un bien que cuando se afecta no se niega directamente, como en la lesión de bienes individuales, sino que simplemente deja de producirse. El bien jurídico sería, por lo tanto, una construcción puramente normativa.¹³⁴

Puede observarse que Asua reconstruye, de forma mucho más detallada, exactamente el modelo refinado de bien jurídico supra-individual que construyó Jakobs para luego refutarlo, detectando cada uno de los problemas que Jakobs le atribuye al modelo simple. Esto es un gran mérito del estudio de Asua. Pero por lo mismo, se encuentra sujeta a las mismas críticas que Jakobs le formula al modelo sofisticado, esto es que lo que explica podría hacerse de forma directa, y sin tantos recursos adicionales que lo hagan parecer inverosímil, si se reconoce que lo que verdadera y

¹³² *Ibíd.* 22.

¹³³ No es, por cierto, sostenible que se trate, por un lado, de conceptos puramente normativos y, por el otro, de conceptos completamente dependientes de hechos brutos. Incluso en el bien jurídico que más parece depender de consideraciones naturales, la vida, influyen cuestiones normativas. Al respecto ver **Alcácer Guirao**, *Op.Cit.* N°6, página 102-103. Por eso la distinción debiera ser entre conceptos regulados normativamente, cómo la vida, y conceptos constituidos normativamente, como la Administración de Justicia. Esta distinción, por cierto, está lejos de conducir a una distinción entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos. Es conflictivo sostener que la propiedad, por ejemplo, sea una institución sólo regulada normativamente, aún cuando se intente hacerlo demostrando que la posesión es un hecho natural. Pues aunque esto último fuera cierto, no deja de ser igualmente cierto la necesidad natural de la sociedad solucionar de alguna forma conflictos, con lo que un bien paradigmáticamente constituido normativamente tampoco lo sería en rigor. De ser admisibles estos argumentos, la distinción no tendría ningún sentido, ya que todo sería simplemente regulativo. Por ello es evidente que no es una clasificación con influencia directa entre la clasificación esencial entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos. Pero todas estas cuestiones no tienen una relevancia demasiado importante aquí. No se trata de sostener que la distinción individuales – colectivos se deduzca de la naturalidad de su protección.

¹³⁴ **Asua**, *Op. Cit.* N° 129, páginas 23 y siguientes.

simplemente hay es una infracción de un deber especial, lo que necesariamente depende de una configuración normativa. Por otro lado, la construcción de Asua tiene dos diferencias centrales con la concepción aquí defendida. El primero, es que agrupa todos los delitos contra la Administración Pública. Ello explica que no necesite en ningún momento distinguir cual es el presupuesto específico de la sociedad moderna democrática que posibilita la Administración de Justicia. En un trabajo más específico, como el que se pretende llevar acabo aquí, eso no es adecuado. Y además, se concentra exclusivamente en los delitos que son manifestaciones de deberes especiales, o que al menos inciden directamente sobre quienes tienen ese deber especial.¹³⁵ En cambio, hacerse cargo de la conexión de los distintos delitos comunes contra la Administración de Justicia con ésta, como bien jurídico, es una tarea importante en la construcción de este bien jurídico.

En un sentido similar, Reyes Alvarado descarta que lo que se proteja sea la administración pública “como entidad abstracta”, siendo en su opinión necesario reconducir ese concepto a intereses particulares que tienen los ciudadanos en su correcto ejercicio, al interés público “en el pleno sometimiento de las resoluciones (...) a la ley y al derecho”.¹³⁶ Reyes también reconoce que la Administración sólo puede ser un bien protegido parcialmente en cuanto tenga relevancia para intereses colectivos que reflejen derechos de los ciudadanos, o condiciones de esos derechos. Pese a que existe una ambigüedad en su exposición, en la que a veces parece reconducirse directamente a los intereses de los afectados por los delitos en cuestión, y por lo tanto tutelar un interés particular, el estudio en cuestión es meritorio al realizar el ejercicio de explicar la necesidad de protección que existe en la categoría, y ofrecer algunos otros criterios hermenéuticos interesantes. Así por ejemplo, Reyes resalta uno de los aspectos que se mostraron eran esenciales en la estabilización de expectativas por la Administración de Justicia, a saber que sean reflejo de la ley y por lo tanto representativas. Reyes expresa esto al insistir que “se pretende tutelar (...) el interés

¹³⁵ *Ibíd.* página 23. Asua explica de esta forma los delitos que son cometidos “desde fuera” y que son manifestación de corrupción. Es evidente, por lo demás, que se concentra sólo en éstos y no en delitos que no pretenden influir directamente sobre quienes tienen deberes especiales, porque estos últimos, no son formas paradigmáticas de corrupción, por lo que exceden el área de interés del estudio de Asua.

¹³⁶ **Reyes Alvarado, Yesid**, *Op.Cit.* N° 91, páginas 75 y 76.

que la comunidad social tiene en que todos los actos de la administración pública que les afecten, sean expedidos conforme a la normatividad legal".¹³⁷ Además, demuestra el respaldo institucional que tendría la idea, adoptada por la Corte Suprema de Colombia.¹³⁸ Por último, ofrece un criterio delimitador de lo que es sensible de ser protegido penalmente, y lo que no: puesto que se pretende proteger un interés colectivo en que los actos que afecten a los ciudadanos sean ejercicio correcto del poder, sólo son susceptibles de ser imputables los actos que puedan afectar, en abstracto, a los particulares.¹³⁹

Al igual que en todos los casos anteriores, la teoría tiene el inconveniente de no distinguir entre delitos contra la Administración de Justicia y delitos contra la Administración Pública, con lo que reconstruye el bien jurídico en términos muy generales. En la exposición de Reyes Alvarado esto se explica, por cierto, en que la legislación colombiana no realiza la distinción. Pero aún cuando no distinguir entre Administración Pública y Administración de Justicia fuere justificable, la forma en que lleva a cabo la descripción es excesivamente general. Toda la teoría se concentra en demostrar que la afección al bien jurídico colectivo tiene que afectar, en algún sentido, a los particulares. Pero nunca da el paso adicional de demostrar como la afección podría comunicarse indirectamente a los particulares, y en cambio se centra en pedir que se comunique, aunque de forma mínima, directamente a los particulares. Con ello, como ya se advirtió, mantiene una línea ambigua entre la configuración de una categoría de delitos contra intereses individuales, lo que es inverosímil, o de una categoría contra un interés colectivo inespecífico, lo que no tendría contenido.

En Chile, y siguiendo de cerca la concepción defendida por Asua Batarrita, Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón, también identifican el Bien Jurídico en cuestión en relación con el correcto funcionamiento de la Administración Pública / de Justicia.¹⁴⁰ En la exposición de Rodríguez Collao y Ossandón puede verse en forma

¹³⁷ *Ibíd.* página 76.

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de Mayo de 1999, magistrado ponente Jorge Aníbal Gómez Gallego, citado por **Reyes Alvarado**, *Ibíd.*, página 76.

¹³⁹ **Reyes Alvarado**, *Ibíd.*, páginas 77 – 78.

¹⁴⁰ **Rodríguez Collao, Ossandon Widow**, *Op.Cit.* N°98, páginas 98 a 100.

clara cómo existe una identificación descriptiva con una concepción de infracción de deber, pero con pretensiones críticas frente a la no justificación de la norma de comportamiento en cuestión tratándose de teorías que identifican el bien jurídico en una mera infracción de deber.¹⁴¹ Es así cómo lo que estaría detrás de la protección de la Administración Pública en general es “su carácter instrumental en relación con la satisfacción de los intereses que justifican la existencia de la institución”.¹⁴²

Pese a que el enfoque es el correcto, una teoría de este tipo se encuentra sujeta a las mismas críticas que Reyes Alvarado. Es correcta la tesis que defienden Rodríguez Collao y Ossandón, que sostiene que precisamente por ser un bien jurídico supra-individual, éste debe tener un carácter instrumental para intereses individuales que no sea identificable en cada caso en cuestión. Pero es necesario identificar con precisión cuál es esa relación instrumental si se quiere construir un bien jurídico que pueda tener una función crítica frente a la actividad legislativa e incluso frente a la actividad judicial. Ese paso, al igual que Asua Batarrita y que Reyes Alvarado, se hace a medias. Ello puede explicarse, tal vez, de la misma forma que en los otros. Las diferencias de intereses que podrían proteger la Administración de Justicia y la Administración Pública no permite caracterizar fuertemente esa relación instrumental. De hecho, Rodríguez Collao y Ossandón parecen reconocer esto al señalar que “aquél [el correcto funcionamiento de la Administración Pública] es un bien jurídico de naturaleza institucional o supra-individual, que se estructura sobre la base de caracteres esencialmente normativos, que varían ostensiblemente de un delito a otro. De ahí la necesidad de precisar, frente a cada tipo, el aspecto concreto que se pretende tutelar”.¹⁴³ Puede verse como lo que hacen es desplazar la concepción crítica que puede tener el bien jurídico a la discusión acerca de cada tipo, o sub-clase de tipos. Ello puede parecer sensato, y de hecho es importante explicar la conexión con el bien jurídico de cada delito de la clase. Pero renunciar a precisar en forma absolutamente mínima el contenido general del bien jurídico, en condiciones que se asume una distinción básica entre Administración Pública y Administración de Justicia,

¹⁴¹ *Ibíd.* página 97.

¹⁴² *Ibíd.* página 99.

¹⁴³ *Ibíd.*

es sumamente peligroso si se pretende construir un bien jurídico con una función crítica. De hecho el grado de imprecisión al que llegan puede verse con claridad, al mostrar qué intereses específicos, a modo de ejemplo, podrían estar en juego: “decisión conforme a legalidad; actuación conforme a un fin determinado; observancia de la objetividad; preservación de la imparcialidad; coordinación jerárquica en aras de la eficacia; actuación conforme a garantías procedimentales, etc”.¹⁴⁴ Es decir, cualquier cosa específica que pueda tener un mínimo interés instrumental, aún aparente, para bienes jurídicos individuales. Pese a que en algún sentido intenten corregir ese defecto cuando tratan en particular la Administración de Justicia, identificándola como “función” y no como “órgano”, nuevamente esconden la conexión funcional entre la Administración de Justicia e intereses individuales,¹⁴⁵ sólo recalcando su “especificidad” frente a la función de la Administración Pública en general.¹⁴⁶ Pero, precisamente, eso no es lo relevante al asignarle contenido.

Todas las teorías recién expuestas son similares en lo esencial con la construcción aquí entregada, pese a tener enfoques distintos y a no entregar una fundamentación de la necesidad de protección de las condiciones de ejercicio de la función, como condición de posibilidad, a su vez, de la libertad general de acción.

Respecto de las construcciones de este tipo, más allá de la crítica de Jakobs respecto al largo giro que hay que hacer para construir un bien jurídico Administración de Justicia, otra de las críticas relevante que se han formulado proviene de Kindhäuser. Para él, sostener que lo que se protege es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, o de la Administración Pública en general si no se distinguen ambos bienes jurídicos, es inverosímil. No se protegería sólo que la Administración funcione bien. Si un funcionario es sobornado, y su trabajo es correcto, la conducta es en muchas de las legislaciones igualmente punible¹⁴⁷, con

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ En todo, *Ibíd.* páginas 151 y siguientes. Es un tanto extraño el tratamiento que hacen, ya que lo que analizan es el « concepto » de Administración de Justicia. Ello no tiene ningún vínculo explícito con categoría penal alguna, pero pareciera ser una discusión específica entorno a lo que ellos denominan la conexión instrumental, o la función específica que se protege.

¹⁴⁶ *Ibíd* página 155

¹⁴⁷ **Kindhäuser, Urs**, *Op.Cit.* N° 96, páginas 9-10.

prescindencia de que no haya una lesión verificable al objeto de protección. Pese a que la crítica se efectúa a la doctrina tradicional más asimilable a lo que se ha reconstruido en este trabajo, que identifica al bien jurídico con “el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia”, lo que no es del todo igual a la construcción propuesta en este trabajo, la crítica igualmente afecta a la teoría que se ha intentado construir. Porque si se reconoce un delito de aceptación de ventajas con independencia del resultado de la aceptación de la ventaja, es decir sin que sea necesario que manifieste en un acto incorrecto como en la dictación de una sentencia que no es conforme a derecho, entonces ese tipo no sería directamente reconducible a las ideas aquí expuestas. Pero el propio Kindhäuser, para defender su teoría, acierta en la respuesta a una objeción de esta clase. En delitos que pretenden reforzar deberes especiales, sobre todo en ámbitos públicos, por la importancia de mantener apartados intereses particulares se tipifican este tipo de conductas como delitos de peligro abstracto.¹⁴⁸ Y esto es así sobre todo si se reconoce que lo que se protege no es la posibilitación concreta de la libertad general, mucho menos una libertad individual, sino que una condición de posibilidad específica. En ese caso, el sentido de la protección de peligro abstracto, aún bajo justificaciones retributivas, es evidente. Los presupuestos de bienes como la administración de justicia sólo son intangibles si se les protege aun de peligros abstractos.

c. Formas de afección a la Administración de Justicia como condición de posibilidad

Las formas en que puede afectarse esta condición de posibilidad admiten dos criterios de clasificación muy simples. La primera atiende al presupuesto específico de esta posibilidad que se afecta, y por ello cobra importancia la segunda digresión sobre los presupuestos mínimos de la Administración de Justicia. En los casos de corrupción, por ejemplo, el presupuesto que se afecta es la imparcialidad o la independencia. Pero aún en el caso de delitos funcionarios, la afección no se relaciona directamente con la

¹⁴⁸ *Ibíd.* Es importante tener en cuenta, sin embargo, que la clasificación tradicional entre delitos de lesión y delitos de peligro no encaja directamente tratándose de bienes jurídicos colectivos. Sobre ello ver **Hefendehl, Roland**, *Op.Cit.* N° 88, página 5. Pero a lo que aquí se refiere la distinción no es a la lesión del bien, sino a la infracción del deber institucional. La recepción de ventaja puede no manifestarse como infracción del deber del juez, pero en abstracto pone en peligro ese deber por no mantenerse alejado de intereses particulares.

corrupción, y por lo mismo no se afecta necesariamente a éstas. La prevaricación judicial, por ejemplo, resulta directamente en una afección a la legalidad como presupuesto de la Administración de Justicia, y sólo de forma contingente e indirecta a la imparcialidad o la independencia. La corrupción no es un presupuesto necesario, en ningún caso, de este tipo. En el caso de los delitos de particulares, éstos afectan presupuestos específicos de la Administración de Justicia que se configuran como contextos de protección especial – proceso e investigación penal – sobre los que se volverá más adelante.

La segunda forma de clasificación, que es incluso más importante que la primera, atiende a la persona, configurada en relación con roles identificables normativamente, que afecta esta posibilidad. Los delitos contra la Administración de Justicia pueden ser realizados por quienes tienen el deber específico de producir esa condición de posibilidad, de producir la estabilización de expectativas normativas, o por quienes no tienen ese deber específico pero que igualmente se encuentran obligados a prestar una solidaridad mínima con esa posibilidad. Prácticamente todos los estudios sobre este tipo de delitos recogen, de alguna u otra forma, esta distinción, ya que es central para el tratamiento correcto de la mayoría de los problemas de imputación que pueden producirse en éstos. Por ello, por lo central que resulta la distinción, nos referiremos de forma más extendida al tema, antes de dar por terminado el tratamiento del bien jurídico y de las cuestiones generales de la categoría.

d. Conveniencia de la distinción entre Administración Pública y Administración de Justicia

Por último es necesario responder una pregunta que hasta ahora no ha sido tratada directamente. La conveniencia de distinguir entre los bienes jurídicos, Administración Pública genérica y Administración de Justicia, es conflictiva tanto en la legislación cómo en la dogmática comparada. Pero al referirse directamente a la función judicial, sin mediar una comprensión directamente penal, se hace evidente la respuesta a la pregunta. Administración Pública y Administración de Justicia son, ciertamente, condiciones de posibilidad de ciertos intereses personales. Pero no son condiciones

de posibilidad directamente de los mismos intereses personales. Y sobre todo, la forma que tienen que asumir para cumplir con su función es distinta, incluso contradictoria.¹⁴⁹ Con ello la forma en que se protege una y otra penalmente no puede ser idéntica. Pese a que, sobre todo por cuestiones de intervención múltiple, y para simplificar la solución de problemas concursales, varias legislaciones importantes no han adoptado sistematizaciones que reproduzcan la diferencia de objetos de protección, si se pretende que el criterio de sistematización de parte especial a mantener sea el bien jurídico, parece conveniente hacer la distinción.

4. Afecciones a la Administración de Justicia infringiendo un deber específico y afecciones infringiendo deberes generales justificados en contextos especiales.

De la existencia de un bien que requiere de una prestación positiva de parte de la sociedad para existir, no se deduce inmediatamente la existencia de un reforzamiento penal de los deberes positivos vinculados a su producción, aunque sí se trata de un antecedente relevante que, de justificarse la importancia del bien, puede llevar a la construcción de la justificación del reforzamiento penal. La imposición de deberes positivos o negativos ligados a la producción del bien en cuestión por parte de quienes no tienen la obligación directa de contribuir a su creación no cuenta, en cambio, con esa justificación a priori.

En el primer caso, el deber del autor es un deber que se configura no en relación con la persona como simple sujeto que debe cumplir con ser fiel al derecho mediante la no arrogación de libertades ajenas, sino que se configura a la persona en relación con la adopción de un rol de características especiales.¹⁵⁰ Su fidelidad al derecho no es mera fidelidad pasiva, sino que se le exigen prestaciones determinadas activas, cuya justificación coincide parcialmente con la construcción de su personalidad. Tratándose de los delitos contra la Administración de Justicia, la posición del juez frente al Derecho justifica directamente, como un deber especial que forma parte de su rol de

¹⁴⁹ Ver Supra. páginas 28 y siguientes.

¹⁵⁰ **Jakobs, Günther**, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal, en del mismo Sobre la normativización de la dogmática penal, Thomson Civitas, página 23.

juez, la obligación activa de producir el derecho y, por lo tanto, la obligación pasiva de no declarar como derecho algo que no constituye derecho.

No sucede lo mismo cuando se imputa falta de fidelidad al derecho a una persona en su rol de persona. La justificación de la obligación y del reforzamiento penal no arranca de la consideración de su rol, respecto del cuál se espera únicamente que cumpla con deberes negativos generales. Los deberes negativos generales de la persona se constituyen a partir del otorgamiento de derechos de exclusión relativos a la propiedad, entendida como propiedad sobre el cuerpo y sobre cosas. En este sentido “la propiedad (es) una relación negativa, un derecho a no ser perturbado por los demás”¹⁵¹ dentro del ámbito de lo que se tiene. De esta relación de mutua exclusión entre personas, se deduce el derecho de no perturbar la organización de derechos de terceros, y de organizarse, a la vez, de forma que la organización de uno no lleve a resultados lesivos. No se deducen, en cambio, de la configuración de la persona, inmediatamente deberes positivos, ni menos deberes positivos reforzados penalmente.

La justificación de los deberes positivos de personas en su rol de personas, requiere de argumentos que justifiquen la construcción de un contexto especial de imposición de deberes.¹⁵² Lo mismo sucede con los deberes negativos que no se relacionan con la consideración inicial de los derechos de exclusión que emanan directamente de la personalidad como rol general. Fuera de los contextos especiales, no le es exigible penalmente a la persona una solidaridad activa con el otro, ni una solidaridad pasiva con sujetos indeterminados. En el caso de la estabilización de expectativas normativas mediante la resolución de conflictos, dos son los contextos especiales en que la sociedad impone obligaciones generales de solidaridad pasiva con este bien.

¹⁵¹ *Ibíd.* página 28.

¹⁵² La justificación de deberes particulares en ámbitos de deberes institucionales por parte de Jakobs toma un rumbo distinto al señalado aquí. En su opinión, para que el deber institucional puede realizarse, se le exige al particular no molestar a quien tiene deberes especiales en el cumplimiento de éstos, lo que en ámbitos particularmente relevantes podría justificar penas. Al respecto, ver **Jakobs, Günther**, La Pena Estatal: Significado y Finalidad, en del mismo El Fundamento del Sistema Jurídico Penal, ARA Editores, Lima, 2005, páginas 7 a 14.

El primer contexto en que impone obligaciones especiales a la persona, es el contexto especial de la persecución penal. La persecución penal es la manifestación del interés de la sociedad de expresar comunicativamente reproche a otro por la lesión de bienes esenciales, el que tiene una calidad expresiva suficiente para contrarrestar y superar la negación de esos bienes. La sociedad no les exige a todos colaborar activamente con la creación de este bien, o al menos no refuerza ese deber con penas. Pero sí lo hace respecto de la obligación de no perturbar la persecución penal estatal, por su importancia central en la estabilización de las expectativas más relevante y, eventualmente, más frágiles. La persecución e investigación penal constituye un contexto de imposición de deberes solidarios pasivos.

El segundo contexto especial que justifica la imposición de obligaciones especiales a la persona, es el proceso. La estabilización de expectativas normativas no tendría efectos relevantes si fuera ciega, esto es si actuara sin base cognitiva al resolver conflictos. Y, sin embargo, se le impone a la función judicial la carga de reconstruir la base cognitiva de sus resoluciones normativas en un contexto de relativa ceguera. Esto es, la función de los jueces se configura siempre en relación con conflictos ya acaecidos a partir de hechos pasados que son imposibles de ser percibidos por el juez. La reconstrucción de los hechos sin poder verificar de modo directo esos hechos requiere, por lo tanto, de una base estabilizadora de la verosimilitud de lo que se reconstruye. Esa base la entrega el proceso, el que por definición tiene que exigir a quienes participan de la reconstrucción fáctica de los hechos pasados, que sus comunicaciones no sean, al menos, sabidamente falsas. De esta forma, la sociedad le exige a la persona no afectar a este contexto especial de modo deliberado, y esto lo refuerza penalmente.¹⁵³

¹⁵³ La distinción central reseñada, con algo más de precisión, no es muy distinta a las clasificaciones usuales en la doctrina nacional de los delitos contra la Administración de Justicia. **Matus, Politoff y Ramírez**, Op.Cit. N° 94, distinguen entre delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos cometidos por particulares. Pese a que la clasificación hecha en esos términos tiene algún sentido, desatiende al hecho que, muchas veces, el tipo común es a la vez un tipo especial impropio contra la Administración de Justicia. Por otro lado, **Ossandón Widow y Rodríguez Collao**, Op.Cit. N°98, páginas 172 y siguientes, con mayor precisión distinguen entre delitos contra la Administración de Justicia por infracción de deberes especial y por “dominio”. Sin embargo, al aplicar esta clasificación, llegan a conclusiones distintas, señalando por ejemplo que el deber del testigo es un deber institucional, páginas 242 y siguientes, en condiciones que la obligación del testigo de declarar la verdad no es una obligación auto-

C. Conclusión

La consideración de la prestación que otorga la función judicial a la sociedad, que indirectamente incide sobre la libertad de todos, ha permitido entregar una construcción plausible del bien jurídico Administración de Justicia. En los delitos contra la Administración de Justicia, de lo que se trata es de proteger la creación de una condición de posibilidad de la libertad de acción en sociedades modernas. La erosión de las condiciones que posibilitan la creación de ese bien, explican porqué el sistema jurídico valora con tanta fuerza el bien, al punto de entregar una protección penal que no ha sido conflictiva.

Como se verá más adelante, esta reconstrucción no sólo ha permitido entregar una justificación de la protección del bien, sino que además cumple con explicar con verosimilitud la conexión de la protección de este bien con tipos tan distintos como la prevaricación judicial, el falso testimonio o el encubrimiento. Asimismo, se ha podido hacer una clasificación inicial, que será depurada y vuelta a tratar hacia el final de este trabajo, una vez que se tenga una visión de lo que constituyen los delitos contra la Administración de Justicia más relevantes. Todo esto pretende entregar una primera base, abstracta, para llevar a cabo la crítica al Anteproyecto.

En lo sucesivo, se analizarán los tipos más relevantes en el Código Penal vigente, de forma de tener una segunda base desde la cual pueda plantear el análisis de la sección en el Anteproyecto. Posteriormente comenzará el análisis del Anteproyecto mismo, la exposición de sus críticas, y finalmente una propuesta alternativa.

impuesta en ningún sentido. Esta distinción central reseñada debiera ser complementada, además, con la distinción tradicional entre delitos que afectan a la confianza y delitos que afectan recursos.

CAPÍTULO II LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO VIGENTE

La discusión entorno al objeto de protección que puede construirse, de forma general, en la categoría delitos contra la Administración de Justicia, permite enfocar la discusión dogmática y político criminal de forma racional a un objetivo. En lo que sigue del trabajo, se trata de construir una propuesta de tipificación que sea justificable racionalmente, analizado desde el punto de vista de su objeto de protección, y que pueda solucionar los problemas que plantea actualmente la codificación vigente. Como ya se expuso en la introducción, más allá del problema mismo del bien jurídico, dos son los problemas centrales que para ese objetivo requieren tratamiento. El primer problema a tratar, el más conflictivo en la regulación vigente, es la agrupación de los tipos y la sistematización interna de la categoría. El segundo, es la mejor forma de construcción de los tipos en sí.

Para poder detectar con precisión ambos problemas, es imperativo, en primer lugar exponer, de la forma más breve posible, una descripción del derecho vigente y de los problemas que la doctrina identifica. Posteriormente se compararán estos problemas con las soluciones que puede otorgarle la construcción del Anteproyecto, para así poder detectar tanto los problemas que se mantendrían, como los problemas nuevos que podrían surgir de ser aceptada sin más esta propuesta. Es decir, para una comprensión adecuada de la regulación Anteproyecto de Código Penal, y para poder identificar con claridad sus deficiencias, es imperativo mostrar las distintas falencias de la legislación vigente, de modo de poder explicar bien el cambio. La identificación de las falencias permitiría ejercer un primer test sobre el Anteproyecto para evaluar su corrección. Este test consiste simplemente en determinar si el Título en particular incluido en el Anteproyecto, o en su caso el tipo en cuestión, soluciona o se hace cargo de las deficiencias de la legislación actual. Por ello, en esta parte se hará una breve reconstrucción racional de los delitos del Código Penal vigente que afectarían a la Administración de Justicia. El objeto de esta exposición no es hacerse cargo de las deficiencias actuales interpretativamente, aunque se intente respecto de algunos

problemas mayores, sino demostrar problemas de técnica legislativa que puedan resultar importantes.

Por ello, la exposición sólo explica brevemente los tipos y sus problemas de imputación. Esto puede hacer difícil seguir su lectura si no se cuenta con un Código Penal con los tipos correspondientes. Para facilitar esta labor al lector, los Anexos incluyen una transcripción de los tipos más relevantes.

A. La sistematización del Código Penal

La doctrina chilena suele identificar al menos tres clases de delitos contra la Administración de Justicia repartidos a lo largo del Código Penal. En la sección 4 del Título V del Libro Segundo se encontraría el núcleo de los delitos funcionarios contra la Administración de Justicia, agrupados como formas de “prevaricación”. En la sección 7 del Título IV del Libro Segundo se encontrarían los delitos de falsedades que afectan a la Administración de Justicia. Finalmente en la sección 2 bis del Título VI del Libro Segundo se encontrarían tipificadas, en el artículo 269 bis, las formas de obstrucción a la justicia.¹⁵⁴ Admitiendo que sólo pudieran encontrarse estas figuras en el Código Penal que sean parte de la categoría en cuestión, desde ya puede advertirse la falta absoluta de sistematización acorde con ésta. No sólo las distintas clases de tipos se encuentran dispersas, sino que además la dispersión es tan extrema como es posible que lo sea. Las tres clases de tipos no sólo se encuentran en secciones no contiguas, sino que las tres están en Títulos distintos.

Los delitos de “prevaricación” en sentido amplio se encuentran entre los “Crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus funciones”. El nombre que el Código le entrega al Título ya es decidor del criterio utilizado en la clasificación: una referencia más o menos imprecisa al sujeto activo.¹⁵⁵ La imprecisión de la referencia al sujeto activo, que parece ser el criterio pretendido de clasificación,

¹⁵⁴ Una exposición como la anterior puede encontrarse, con ciertos cambios, en **Matus, Politoff y Ramírez**, Op.Cit. N°94, páginas 223 y siguientes.

¹⁵⁵ Por ejemplo, el artículo 250, que se encuentra dentro del mismo título, es un delito que no es especial propio.

ha llevado a parte de la doctrina a considerar que en definitiva, el Título V tiene como criterio de clasificación una referencia a un bien jurídico amplio.¹⁵⁶ Pero una construcción de un bien jurídico suficientemente amplio para abarcar todos estos tipos, y suficientemente precisa como para cumplir su rol, parece imposible de llevar a cabo sin reconocer que se encuentran comprendidos tipos que afectan distintos bienes jurídicos en este Título.

En el caso de los delitos relacionados con falsedades, el nombre del Título es aún más esclarecedor de la falta de criterios consistentes de clasificación que se tuvieron en la primera codificación. El Título se denomina “de los crímenes y simples delitos contra la fe pública, de las falsificaciones, del falso testimonio y del perjurio”. Es decir, el nombre del Título incluye directamente a tipos específicos. Las fuentes directas de este título fueron el Código Penal Español de 1848, y el Código Penal Belga. En el primero, el Título IV del Libro Segundo agrupa todas las “falsedades”. El capítulo VI de ese título del Código de 1848 trata específicamente del falso testimonio y de la denuncia o acusación calumniosa, además de incluir un tipo, en su artículo 249, relativo a la presentación en juicio de testigos o documentos falsos. El criterio de clasificación del Código Penal Español de 1848 se referiría, por lo tanto, a una característica de la acción que se imputa y no al objeto de protección. En el caso del Código Penal Belga, el Título III del Libro Segundo contiene los delitos contra la “fe pública”. El Capítulo V de dicho título trata del falso testimonio, con lo que lo considera un delito que lesiona la fe pública. El criterio de clasificación sí sería allí, por lo tanto, el objeto de protección. En Chile pese a que parte de la doctrina reconduce todo el sentido del título a la primera expresión, “fe pública”¹⁵⁷, con lo que el criterio de clasificación se referiría, como en el Código Penal Belga, al objeto de protección, es difícil sostener que se creyera que ello era completamente posible, puesto que en ninguno otro de los nombres de los Títulos que componen el Libro Segundo del Código Penal se hacen

¹⁵⁶ Etcheberry, por ejemplo, considera que por dispersión de tipos de funcionarios en el Código no puede ser esa referencia al sujeto activo lo que explique la clasificación. Con ello recurre a un concepto amplio de Administración Pública como objeto de protección. Aún así, se ve obligado a reconocer que de lo que se trata es de ataques a la Administración Pública cometidos desde ésta. Es decir, debe combinar ambos criterios para poder explicar la sistematización. Ver **Etcheberry, Alfredo** Derecho Penal, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, páginas 203-204.

¹⁵⁷ Así por ejemplo **Garrido Montt, Mario**, Op.Cit. N° 103, páginas 9 y siguientes.

menciones expresas de delitos específicos en el Título mismo,¹⁵⁸ como en este caso, en el que se menciona derechamente en el nombre del Título al falso testimonio y al perjurio. El Título IV del Código Penal Chileno es a la vez una fusión de los Títulos correspondientes del Código Penal Español de 1848 y del Código Penal Belga de 1867, ya que hace referencia tanto a las falsedades como a un objeto de protección “fe pública”, y una modificación de éstos al mencionar aparte al falso testimonio y al perjurio. Es decir, en el Título IV la clasificación la explica en parte el criterio Belga, una referencia a la fe pública como objeto de protección, en todo el resto una referencia al criterio de la “falsedad”, propia del Código Penal Español de 1848, como característica determinante de la acción, salvo en lo relativo al perjurio y al falso testimonio que, apartándose de ambas tradiciones, parecerían no ser considerados como agrupables en relación con lo uno o con lo otro. Es por eso que no es posible, en ningún caso, reconducir a estos tipos a la protección de la fe pública. La inclusión de estos tipos directamente en el nombre del Título parece ser antes adiciones de objetos externos al pretendido concepto general de fe pública, que una especificación de éste. Pero es evidente, en todo caso, que el criterio que hizo que se las reuniera es el vínculo que tienen, en la acción que se imputa, con conocimiento de la discordancia de lo que se sabe y lo que se representa, pese a que tenga características distintas del resto de los tipos que los apartan de esto.

Finalmente el Título VI, dentro del que la ley 19.077 de 1991 incluyó la sección 2 bis que contiene el tipo de obstrucción a la justicia, agrupa lo que denomina “crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”. Aquí se concentran una serie de delitos que evidentemente tienen objetos de protección diversos, y cuyo pretendido vínculo es que son cometidos por particulares y que atacan cuestiones públicas. Es cierto que la idea que podría desprenderse directamente de la lectura del nombre del Título es más reducida. Tendría relación, por una parte, con delitos de pura resistencia o de pura oposición al poder, y por otra con delitos de peligrosidad general repandida. Pero no sólo la idea parece sustantivamente

¹⁵⁸ Etcheberry explica la inclusión explícita del falso testimonio y del perjurio como una tentativa de diferenciarlo de la fe pública. Es decir, precisamente lo que haría esa inclusión es advertir sobre la duplicidad de objetos de protección. La interpretación de Etcheberry es plausible, y lleva exactamente a lo que se ha sostenido aquí. Ver **Etcheberry, Alfredo**, Op.Cit N° 156, página 134.

cuestionable en la primera parte de esta reconducción, sino que además ni siquiera en conjunto podría reflejar una fracción menor de la categoría. Con ello, sería necesario volver a la comprensión más amplia, menos precisa, de la categoría como afecciones a bienes públicos por particulares para poder dar cuenta de ella. Aún así, sin embargo, sería imposible explicar totalmente la categoría, ya que no son los únicos delitos cometidos por particulares que atacan cuestiones públicas, el falso testimonio y el artículo 250, entre muchos otros, son ejemplos claros de delitos de particulares en un ámbito público que no se encuentran en este Título. Por ello, la única forma razonable de explicar el agrupamiento que se produce en este Título sería de forma residual: se trataría de los delitos de particulares contra objetos de protección públicos que no han sido introducidos en los Títulos anteriores. Y aún así, con todas esas reducciones, no se puede dar cuenta de todos los tipos en cuestión. Los artículos 296 y 297, por ejemplo, son delitos que afectan la libertad personal, y la sección 7 se refiere a delitos en que es perfectamente posible identificar los intereses particulares que se protegen. En este Título la sistematización es derechamente caótica.

A partir de la breve exposición anterior puede verse como no se tuvo en cuenta ningún criterio de sistematización razonable en la codificación. Mientras el Título IV tiene como criterio de clasificación más general una referencia a una característica del injusto, el Título V tiene como criterio de clasificación una referencia al sujeto activo. Y en ambos casos, la forma en que se hace es sumamente poco rigurosa. El título VI tendría como criterio de clasificación una referencia conjunta al objeto de protección y al sujeto activo, pero hecho de tan mala forma que ni aún aceptando faltas de rigor menores resulta explicable la sistematización de ese Título. Es decir, la sistematización es poco consistente en la elección de criterios, incluso no eligiendo ninguno en ciertos casos, y aún en los casos que lo hace no sigue un trabajo riguroso. Lo anterior se agrava, además, con la introducción de modificaciones paulatinas cuyo objeto no fue nunca corregir la situación, sino que sólo la empeoró.

Otros tipos que otras legislaciones tratan como delitos contra la Administración de Justicia se encuentran dispersos a lo largo del Código Penal. El Código Penal Español de 1995, por ejemplo, trata entre los delitos contra la Administración de Justicia la

realización del propio derecho y el quebrantamiento de condena. El Código Penal Francés, por su parte, incluye una serie de conductas especiales, relacionadas con la obstrucción a la justicia, que se analizarán con algo más de detalle más adelante, pero le asigna particular importancia igualmente al tema de las evasiones. En el Código Penal Chileno, la realización del propio derecho se encuentra entre las faltas, y las evasiones de los artículos 299 y siguientes en el Título VI. El Anteproyecto, por su parte, también incluye a la receptación, que en el derecho vigente se encuentra entre los delitos contra la propiedad, y las conductas que en términos generales se denominan Lavado de Dinero, actualmente contenido en leyes especiales, en particular bajo la ley 19.913.

B. Tratamiento de los tipos más relevantes en el Código Penal

Más allá de los problemas evidentes de sistematización que se reconocen en los delitos contra intereses colectivos en el Código Penal, existen varios problemas específicos de tratamiento de ciertos tipos que requieren ser explicados para poder llevar a cabo una nueva regulación que contenga un tratamiento correcto de estos problemas. Para no extendernos en demasía, sólo se tratarán con cierto detalle los tipos más relevantes desde el punto de vista de la Administración de Justicia cómo bien jurídico protegido. Esto permitirá llegar, asimismo, con una pre-comprensión suficiente de lo que constituye a cada uno de los tipos del Anteproyecto al realizar su análisis y crítica.

En esta sección se analizarán las distintas formas de prevaricación que reconoce el Código Penal, el falso testimonio, y la obstrucción a la justicia.

1. Las formas de prevaricaciones genéricas en el Código Penal, y otros delitos por competencia institucional

El Código Penal trata en los artículos 223, 224 y 225 las principales formas de prevaricación, en sentido amplio, que reconoce nuestro sistema jurídico. La pretensión del sistema es constituir un conjunto completo de infracciones graves de los jueces, en

que el grado de gravedad vaya disminuyendo de artículo en artículo. Conforme a la comprensión de la doctrina, el artículo 223 contendría distintas formas de prevaricación, entre las cuales el número uno sería la prevaricación propiamente tal, mientras los artículos 224 y 225 establecerían las formas restantes de prevaricación - torcida administración de justicia.¹⁵⁹

a. Sujeto activo

El vínculo común de todas estas conductas lo constituye la referencia al sujeto activo. El artículo 223 limita la imputación de estos delitos a “los miembros de tribunales de justicia unipersonales o colegiados y los funcionarios que desempeñan el Ministerio de Público”. El artículo 227, a su vez, amplía los criterios de determinación del sujeto activo, incluyendo conforme a la interpretación de la doctrina, a quienes integren Tribunales sin revestir la calidad de jueces, a quienes ejercen la jurisdicción en calidad de subrogantes, o a quienes lo hacen en calidad de árbitros, y a los peritos cuando cumplen funciones análogas.¹⁶⁰

La determinación de si el imputado cumple con la restricción que imponen estos tipos especiales propios tiene que hacerse por criterios que determina otras partes del sistema, en particular el Código Orgánico de Tribunales. El Código Orgánico de Tribunales determina los requisitos y procedimientos que debe cumplir una persona para desempeñar el papel de juez, así como los requisitos que deben cumplir los otros funcionarios que pueden ser sujetos activos de estos tipos.¹⁶¹ Sólo si se cumplen estos requisitos pueden imputarse estos tipos. Pero la determinación de los requisitos procedimentales que debe cumplir el sujeto activo no necesariamente es simple.

¹⁵⁹ Así, **Matus, Politoff y Ramírez**, Op.Cit. N°94, página 216, **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit N° 98, páginas 187 y 211. En ambos casos, la clasificación es entre prevaricación propiamente tal (223 N°1 doloso, 224-225 N°1 negligente), prevaricación cohecho (223 N°2), prevaricación solicitud (223 N°3), y prevaricación torcida administración de justicia (todas las demás conductas de los artículos 224 y 225). De forma similar, aunque agrupando todo bajo el concepto de prevaricación, **Etcheberry**, Op.Cit. N° 156, páginas 214 y siguientes.

¹⁶⁰ **Etcheberry**, *Ibíd.*, página 214, **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.*, página 186.

¹⁶¹ Rodríguez Collao y Ossandón Widow denominan esto « concurrir con su voluntad a la adopción de las decisiones contenidas en un fallo ». El enfoque es el correcto, pero es importante determinar en virtud de reglas externas qué expresiones de voluntad cuentan como ejercicio de jurisdicción y cuales no cuentan como tal.

En la determinación del ejercicio de la jurisdicción, para ver si cuenta como sujeto activo posible de la prevaricación o no, el caso paradigmáticamente simple es el del juez ordinario. En principio, los actos en ejercicio de su función por parte de funcionarios que cumplen los requisitos orgánicos de nombramiento, cuentan siempre como ejercicio de jurisdicción para estos efectos. Pero entre los jueces ordinarios, la situación de los miembros de la Corte Suprema es especial. Conforme al artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales, estos tipos no son aplicables a éstos “en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que regulan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de justicia”. Parte de la doctrina parece interpretarlo en términos tales que ninguno de los tipos de la sección 4 del Título V es aplicable a los miembros de la Corte Suprema, y por ello lo consideran inexplicable e, incluso, inconstitucional.¹⁶² Pero es evidente que por la enumeración de conductas que contiene el artículo 324, sólo se incluyen éstas, es decir sólo no son sujetos activos posibles de lo que en términos generales la doctrina conoce como prevaricación torcida administración de justicia, y por razones evidentes tampoco de la desobediencia. Sí deben considerarse sujetos activos posibles, en cambio, de las formas de prevaricación propiamente tales (223 N°1, 224 N° 1, 225 N°1), y de las demás conductas descritas en el artículo 223.¹⁶³

Un caso especial que hace más compleja la cuestión, y que ejerce un verdadero test de determinación del bien jurídico protegido, lo constituye la situación de los árbitros. La determinación de si son sujetos activos de estos delitos, en contextos en que no hay normas expresas al respecto, depende de la consideración funcional u orgánica que tenga la determinación de la calidad de “juez”. Si se considera funcionalmente,

¹⁶² Así en **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 188.

¹⁶³ La doctrina, además, suele cuestionar la irresponsabilidad de los miembros de la Corte Suprema, no encontrando motivos justificables para ello. Pero hay ciertos motivos que lo hacen plausible, con ciertos límites. La acción de revisión, que procede contra ciertas resoluciones que eventualmente podría dictar la Corte Suprema, permitiría llevar a cabo juicios sobre juicios de la Corte Suprema, conocidos por la Corte Suprema, por la vía de la imputación de delitos contra la Administración de Justicia menores. Desde el punto de vista de la integridad del sistema y de la definitividad de las resoluciones, ello es peligroso, ya que supone que la Corte Suprema se constituya en contralor diacrónico de sí mismo. Con ello estas limitaciones a la responsabilidad de los jueces complementan otras limitaciones que tiene la acción de revisión respecto de las resoluciones que dicta la Corte Suprema.

sería miembro de un tribunal de justicia todo aquel que ejerza jurisdicción y cumpla los requisitos para hacerlo. Aquí los criterios procedimentales de determinación del cargo van a estar relacionados con los requisitos necesarios para ejercer jurisdicción, por lo que el árbitro no sería un caso conflictivo, sino un caso más o menos claro de sujeto activo posible, salvo, tal vez, el caso de los árbitros arbitradores. Si la consideración es orgánica, sería sujeto activo todo aquel que tenga la calidad de juez dentro del Poder Judicial. Con ello, los requisitos de verificación del sujeto activo aumentarían en número, y los posibles sujetos activos disminuirían.

La inclinación por uno u otro depende de la teoría del bien jurídico Administración de Justicia que se maneje. En una comprensión centrada exclusivamente en cuestiones orgánicas, como por ejemplo en Muñoz Conde, los árbitros no debieran ser sujetos activos posibles de prevaricación.¹⁶⁴ En esos casos el bien jurídico se construye precisamente en relación con criterios de determinación cerrados entorno a la Administración de Justicia como poder orgánico estatal (“Poder Judicial”). En cambio mientras más funcional sea la construcción del bien jurídico que se maneje, y menos dependa de cuestiones orgánicas, más debiera tenderse a aceptar a los árbitros como sujeto activo de estos tipos. De la misma forma, es un criterio fuerte de reconocimiento de un bien jurídico funcional la inclusión de los árbitros como sujeto activo posible de los tipos de prevaricación en sentido amplio. Precisamente ello sucede en Chile, con la ampliación del artículo 227 del Código Penal.¹⁶⁵

El último caso complejo lo constituye el de personas que no ejercen directamente jurisdicción, pero que contribuyen a ello. Pese a que por la redacción actual del artículo 227 del Código Penal se suele decir que algunos de estos tipos pueden ser cometidos por éstos, particularmente por peritos, desde el punto de vista de la forma de protección del bien jurídico en los delitos que dependen del ejercicio directo de la

¹⁶⁴ En España la redacción deja abierta la cuestión, a diferencia de la legislación argentina que los incluye expresamente. Muñoz Conde, a su vez, no se pronuncia siquiera indirectamente, pese a que en su propia comprensión del objeto de protección la exclusión de los árbitros debiera ser sumamente clara. Cfr. **Muñoz Conde**, Op.Cit. N° 97, página 921.

¹⁶⁵ En la doctrina pueden encontrarse discusiones acerca de la calidad de sujetos activos de otros tribunales. Así por ejemplo en **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op. Cit. N° 98, páginas 189 y siguientes.

jurisdicción, ello no es justificable sustantiva y político-criminalmente. El caso de los peritos es un caso de deberes auxiliares que tiene muchas más similitudes estructurales con el caso de los testigos que con el caso de los jueces. Esto es sumamente importante de tener en cuenta en un contexto de reforma.

b. Las formas de prevaricación¹⁶⁶ del artículo 223 del Código Penal

La doctrina suele clasificar los tres tipos que contiene el artículo 223, en prevaricación propiamente tal, que sería la conducta del número 1, prevaricación cohecho en el número 2, y prevaricación solicitud en el número 3.¹⁶⁷ La clasificación no tiene ninguna relevancia práctica, ya que para los efectos de las reglas de responsabilidad de los jueces de los artículos 325 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, son todos igualables.¹⁶⁸

b.1 La llamada prevaricación propiamente tal

b.1.1 Tipo objetivo de la prevaricación dolosa

El tipo objetivo del primer caso, de la llamada prevaricación propiamente tal, consiste en “fallar contra ley expresa y vigente”. La calificación de lo que constituye la acción delictiva, determinada a partir del verbo rector “fallar”, depende del alcance del sustantivo “fallo”. Fallar, en este contexto, no es más que la conversión de dicho sustantivo en verbo. Por “fallo”, debe entenderse con seguridad la dictación de una sentencia definitiva. En la doctrina tradicional, el problema de determinación más

¹⁶⁶ Es difícil determinar el alcance del sentido de la palabra prevaricación. Conforme a la doctrina general, prevaricación en sentido estricto sería la primera hipótesis del artículo 223. Sería prevaricación en sentido amplio la conjunción de los tres tipos del artículo 223. Pero la ley no hace una distinción de ese tipo, y califica a todos los tipos de esa sección como prevaricación. Ello es importante para ciertos efectos de leyes especiales. Por eso, podría denominarse prevaricación en sentido amplísimo a todos los tipos contenidos en la sección 4 del Título V. La determinación de a cual de estos sentidos se hace referencia al hablar de prevaricación en leyes especiales, es una cuestión interpretativa compleja que en el estado actual requiere de un tratamiento diferenciado. Sobre ello se entregarán algunos elementos más adelante, pero no se intentará tratar en detalle. Para una calificación distinta, que pone énfasis en el resultado lesivo, ver **Etcheberry**, Op.Cit. N° 156, páginas 214-215.

¹⁶⁷ Así **Matus, Politoff y Ramírez**, Op. Cit. N°94, página 216.

¹⁶⁸ Ver con detención Infra, páginas 134 y siguientes.

importante del alcance del “fallo” lo constituye la posibilidad de la ampliación a sentencias interlocutorias, particularmente a sentencias interlocutorias de primer grado que tengan la calidad de poner fin al procedimiento o que hagan imposible su prosecución, e incluso a otro tipo de resoluciones. La doctrina tradicional ha defendido la idea de que el concepto “fallar” es comprensivo de sentencias interlocutorias de primer grado.¹⁶⁹ Pero el argumento que entregan, relacionado con la historia del establecimiento de la ley, es al menos dudoso. Pacheco sostenía que el concepto en España era comprensivo de sentencias interlocutorias. La Comisión habría leído a Pacheco, habría estado de acuerdo con él, y por ello, para evitar los problemas que se generaban en España, no habría incluido la calificación “sentencia definitiva”, que sí incluía la norma española, en la redacción final.¹⁷⁰ Es decir, existe un razonamiento histórico dependiente de una hipótesis no verificable históricamente. Ello es insostenible. Mucho más sensato sería sostener precisamente el punto de Pacheco, aunque en su caso ese argumento era contrario al principio de legalidad. Lo esencial, es que conforme a nuestra clasificación legal de las resoluciones, existen resoluciones que sin resolver el asunto controvertido pueden causar exactamente el mismo efecto lesivo que éstas, al menos en materia civil. No existen razones semánticas en Chile para limitar el sentido de fallar a sentencias definitivas, y existen razones funcionales para hacerlo extensivo a un tipo especialísimo de sentencias interlocutorias de primer grado. Pero no sucede lo mismo con las otras sentencias interlocutorias de primer grado, a las que la doctrina suele asignarles, para estos efectos, el carácter de “fallo”.¹⁷¹ En ellas el fundamento interpretativo de la extensión del verbo fallar se pierde.

¹⁶⁹ Así **Etcheberry**, Op.Cit. N° 156, página 215; **Matus, Politoff y Ramírez**, Ibíd.

¹⁷⁰ **Etcheberry**, Ibíd. Rodríguez Collao y Ossandón Widow, llegan a la misma conclusión pero por una vía más sensata. Ellos sostienen que la sentencia, el fallo, debe interpretarse cómo aquello que vulnere derechos de los ciudadanos que acuden a la justicia. Cómo eso se hace sólo de forma permanente en sentencias definitivas y sentencias interlocutorias de primer grado, entonces se incluyen ambas. Ver **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. N° 98, página 202.

¹⁷¹ Ibíd. páginas 195 -196.

La determinación de lo que constituye un fallo *contra derecho* depende completamente de la teoría de la argumentación jurídica y de la función judicial que se maneje.¹⁷² Es más o menos evidente, y así lo reconoce la doctrina, que debe tratarse de una norma aplicable al caso y que se encuentre vigente. La determinación de la vigencia no es complicada en un sistema positivo, pero sí lo es la determinación de su aplicabilidad en casos difíciles. Y ello resulta aún más problemático en relación con la organización institucional de la administración de justicia, ya que en una situación de prevaricación el Tribunal que conoce del caso debe derechamente pasar a resolver el caso en vez del Tribunal que era competente para ello. Pese a que parte importante de los problemas que crea esa situación son eliminados por cuestiones de imputación subjetiva – ya que al reducir el ámbito de imputación subjetiva se absorben varios problemas de imputación- ello no resuelve completamente los problemas de imputación objetiva que pueden darse.¹⁷³ Este problema se verá con algo más de atención al preocuparnos del tipo en particular.

La doctrina chilena no ha hecho mucho caso de las dificultades de la imputación de prevaricación propiamente tal, debatiendo más bien entorno a casos específicos. Así, por ejemplo, un debate doctrinal recurrente es determinar que sucedería respecto de la punibilidad en el caso que se satisfagan los requisitos de tipo subjetivo y se falle contra equidad. Parte de la doctrina se pronuncia negativamente, diciendo que siempre que se falla en equidad falta una ley expresa contra la que fallar.¹⁷⁴ Planteado de esa forma, ello es falso. Si un juez decide contra equidad un caso que debe decidir en equidad, entonces estaría fallando contra la norma que le falla mandar en equidad.

¹⁷² La doctrina penal chilena, en general, no se preocupa de eso. **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.*, páginas 199 y siguientes, intentan demostrar como son relevantes « las técnicas » jurídicas de interpretación o aplicación de la ley. Nuevamente, el enfoque es el correcto. Pero no lo vinculan a la forma en que debe llevarse a cabo, ni se pronuncian sobre lo problemático que es para la función judicial el construir juicios sobre juicios pasados. Antes bien, concluyen que lo relevante es que se falle contra « el sentido y finalidad » del derecho. Sin argumentar en qué consiste eso, no es más que una correcta declaración de buenas intenciones. Sobre todo ello se volverá en su momento.

¹⁷³ Es la pretensión de parte de la doctrina, sin embargo, que sea así. Por ejemplo **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.*, página 196. Pero nuevamente se omiten las consideraciones de la afección a la función jurisdiccional si los delitos contra la Administración de Justicia se interpretan como delitos de puro disvalor de acción. En su libro, **Rodríguez Collao y Ossandón Widow** posteriormente matizan esta postura, combinando elementos de lo « teorías objetivas » y « teorías subjetivas » de la injusticia de la resolución. Cfr. *Ibíd.* páginas 197 y siguientes.

¹⁷⁴ **Matus, Politoff y Ramírez**, *Op.Cit.* N° 94, página 216.

Esto es, si existe una norma expresa que mande fallar en equidad, no hay razones lógicas para excluir la punibilidad de esa acción. Este es el alcance que se le suele dar al artículo 170 del Código de Procedimiento Civil en la doctrina chilena. Con ello, si se determina que ésta es una norma imperativa, entonces si se fallara contra equidad sí podría ser imputable la acción. La discusión dependería, parcialmente al menos, del alcance que se le dé a las normas jurídicas que se refieren a los fallos en equidad. Pero la imputación requeriría verificar, además, que se trate de un caso difícil que debió ser fallado en equidad, que la forma de equidad ejercida era errada, y que exista otra forma de resolver el conflicto en equidad que sea efectivamente correcta. Asumiendo lo inherentemente problemática que es una decisión de un caso difícil que requiere ser resuelta sin criterios institucionales, un caso de este tipo necesitaría ser particularmente elocuente para que fuera razonable imputarlo objetivamente, a menos que se interprete como un tipo de puro disvalor de acción por problemas de actitud de los jueces frente al derecho.

Otro debate se da respecto de la ley extranjera. Este es un caso que resulta, sin embargo, mucho menos difícil. Nuevamente, en los casos en que es vinculante para el juez por cuestiones de derecho internacional privado, entonces necesariamente se falla contra ley si se falla contra el derecho extranjero.¹⁷⁵ Si existe una norma de reenvío, que mande aplicar la legislación extranjera, y el juez dolosamente no la aplica, habría un fallo contra ley vigente y expresa. Y aquí sí habría criterios institucionales que permitan llegar a conclusiones correctas.

En ambos casos, podría criticarse que lo que se trata en el tipo de la prevaricación es de proteger la aplicación uniforme del Derecho, para tender a una unificación de su aplicación, y que esa característica no se da cuando se falla contra equidad o contra derecho extranjero. Un razonamiento tal, pretendería hacer extensibles los fundamentos y limitaciones del recurso de casación en el fondo, a la punición de los jueces. Pero en ambos casos se defienden cosas distintas. Una cosa es el castigo a los jueces por su actitud hacia el derecho, siendo controvertible el que la actitud de desconocimiento sea en sí lo reprochable o si requiere de alguna forma de lesión

¹⁷⁵ En el mismo sentido, **Etcheberry**, Op.Cit. N° 156, página 215.

directa a éste, y otra cosa es la homogeneización de la interpretación del derecho. En la casación en el fondo, se trata de sentencias que interpretan mal, en materias relevantes, y que por lo tanto afectan expectativas particulares constituidas respecto de materias determinadas. En el caso de la prevaricación, esas razones no son irrelevantes, pero no necesariamente son excluyentes. La protección de la Administración de Justicia como forma particular de creación y estabilización de expectativas no sólo es una protección de las expectativas ya constituidas, sino también de la posibilidad de estabilización de expectativas en nuestra comprensión contingente de la forma en que debe llevarse a cabo. Y la actitud de los jueces hacia las reglas es parte fundamental de esa condición de posibilidad. Por eso, que los jueces fallen contra una ley ampliamente aplicada y de relevancia para el sistema social, y por ello afecten expectativas relevantes, o fallen contra equidad o derecho extranjero, y por lo tanto afecten expectativas con una relevancia mínima para el sistema, es irrelevante. En ambos casos, se trata de acciones punibles.

b.1.2 Tipo subjetivo

En materia de tipo subjetivo, la inclusión de la expresión “a sabiendas” ha inclinado a parte importante de la doctrina a sostener que se trata de una reducción a dolo directo.¹⁷⁶ En opinión de Matus, ello constituiría además un reconocimiento del error de prohibición.¹⁷⁷ Ninguna de las dos cosas da cuenta de la función del “a sabiendas” en este contexto. No se trata ni de una reducción a dolo directo, ni de un problema de error de prohibición.

Para la doctrina dominante de la Teoría del Delito, el conocimiento de la antijuridicidad constituye un requisito de la culpabilidad, con lo que ya desde el finalismo sostener

¹⁷⁶ Cfr. **Matus, Politoff y Ramírez**, Op.Cit. N° 94, página 216; **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. 98, página 205.

¹⁷⁷ **Matus, Politoff y Ramírez** Ibíd. Esto es errado en la comprensión usual de la teoría del delito, aunque, lo que en el contexto de casi todos los otros tipos posibles sería un sin sentido, no lo es en este contexto, por la confusión entre conocimiento del derecho y conocimiento de las circunstancias del tipo que se da en este delito. Sin embargo, pese a no ser un sin sentido, se trata de un error. En cambio, se encuentra en lo correcto **Etcheberry**, Op.Cit. N ° 156, página 216 al sostener que de lo que se trata aquí es del error de derecho, no directamente del error de prohibición.

que el desconocimiento de la antijuridicidad excluye el dolo es, en general, falso. No podría constituir un reconocimiento del error de prohibición el mero hecho de limitar el dolo, ya que hay una desconexión categórica entre ambos. Pero la prevaricación es un caso excepcional dada la importancia de los elementos normativos del tipo que supone. En la configuración de la prevaricación, los elementos de tipo subjetivo se confunden con problemas de conocimiento del derecho, y por ello la distinción entre error de prohibición y error de tipo es particularmente precaria. Frente a ello, el derecho positivo puede alterar o no la confusión de elementos de conocimiento del derecho y de tipo subjetivo. El derecho positivo puede exigir el conocimiento del derecho por la posición institucional del juez, y prescindir de ese conocimiento actual en la imputación subjetiva como requisito de configuración del dolo de la prevaricación, o puede exigir conocimiento actual del derecho para la configuración del derecho, y pretender asegurar el conocimiento actual del derecho por otros medios. En el primer caso, el deber se configura de modo resultativo, y se genera una ruptura entre imputación al tipo subjetivo y conocimiento del derecho. En el segundo caso, el resultado no bastaría para que la imputación sea posible, manteniendo la confusión abstracta entre ambos. Lo que hace la expresión “a sabiendas”, por lo tanto, no es reducir el tipo de dolo, sino declarar el conocimiento actual del derecho como un componente del dolo. Ello no puede ser un reconocimiento del error de prohibición, o al menos no directamente. Si se analiza la cuestión desde la distinción entre error de tipo y error de prohibición, el error de prohibición directo en que podría incurrir el juez es no saber que no puede fallar contra el derecho. Que un error de ese tipo sea admisible resulta, evidentemente, inaceptable como interpretación de la disposición. El error de prohibición directo en la prevaricación judicial es, por lo tanto, siempre vencible e incluso irrelevante. El conocimiento actual del derecho es, en cambio, un elemento normativo del tipo, y su desconocimiento sería un error de tipo, por lo que precisamente no habría dolo. Aclarar eso es precisamente la función específica del “a sabiendas” en el contexto de la prevaricación.

Resta, sin embargo, determinar si además puede significar una reducción a dolo directo y, por lo tanto, una exclusión del dolo eventual. La determinación del status del dolo eventual en este especial contexto es aún más complicada que la determinación

de la relevancia de las formas de error. Rodríguez Collao y Ossandón Widow entregan una razón adicional a la mera consideración del “a sabiendas” como limitador a dolo directo para no incluir el dolo eventual. En su opinión, la dificultad del conocimiento de lo que es el “Derecho objetivo” implica una dificultad importante de determinar lo injusto de la actuación del juez, con lo que sería demasiado restrictivo a sus acciones el incluir el dolo eventual.¹⁷⁸ Por ello habría que interpretar el “a sabiendas” como generalmente se hace, a saber, reduciendo la imputación subjetiva a dolo directo.

En la imputación a dolo eventual en el tipo de la prevaricación, sin embargo, no se trata de una conexión con el conocimiento del derecho, y no es esa la razón por la que debe excluirse el dolo eventual. En las reducciones que sufre el tipo subjetivo del delito de prevaricación existen dos problemas que confluyen. El primero, es la incorporación del conocimiento del derecho como un elemento del tipo, lo que aumenta los requisitos de imputación y, por lo tanto, reduce el ámbito de la imputación. Esto ya fue revisado. Pero además existe un problema de ineluctabilidad de la lesividad. Cualquier decisión judicial antinormativa es necesariamente lesiva, puesto que siempre que se falla contra derecho se ejerce coacción injustificada. Por ello, no es posible admitir un déficit cognitivo de lesividad en la acción de prevaricar, de la forma que uno puede admitirlo como problemático, por ejemplo, en la acción de disparar. Lo ineluctable de la lesividad de la prevaricación hace que ese déficit cognitivo sea siempre irrelevante, y por lo mismo constituye a una forma de dolo eventual en imputable. Lo que sí puede haber es déficit cognitivo de la antinormatividad, es decir déficit de representación del carácter antinormativo de aplicar el derecho de determinada forma. La posibilidad de la existencia de un déficit en la representación de la antinormatividad arranca precisamente de la función de re-aseguramiento de la confusión que desempeña el “a sabiendas”, el que no sólo lo posibilita, sino que además constituye a la ausencia de déficit en requisito de imputación subjetiva. Cuando hay un déficit cognitivo de ese elemento del tipo subjetivo, entonces efectivamente no es imputable. Pero ello no influye en el status del dolo eventual en el delito de prevaricación como no imputable, al menos no completamente.

¹⁷⁸ Ver **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. N° 98, páginas 205 y siguientes.

b.1.3 Prevaricación imprudente

El número 1 del artículo 224 constituiría la primera hipótesis culposa de la prevaricación propiamente tal. Pese a que el verbo rector y la calificación de la conducta no tienen la misma redacción que en el tipo de prevaricación dolosa -aquí se trata de “dictar una sentencia” que sea “manifiestamente injusta”- las similitudes estructurales son suficientemente fuertes como para reconocer que se trata de la misma hipótesis con extensiones de imputación subjetiva.¹⁷⁹ Aquí se reproducen los problemas de la hipótesis dolosa, en términos de producir criterios aceptables de determinación de la injusticia de la sentencia, y su importancia se incrementa radicalmente, ya que ya no existe el recurso a recurrir al disvalor de acción para compensar los problemas de determinación del disvalor de resultado.

El tipo tiene restricciones de imputación subjetiva, ya que debe ser *manifiestamente* negligente o ser dictado en virtud de una *ignorancia inexcusable*. Estas expresiones combinan limitaciones de imputación a imprudencia consciente, que es la regla general, y una regla de imputación excepcional a imprudencia inconsciente cuando por violación de obligaciones anteriores de los jueces -relacionadas ahora sí con el conocimiento del derecho- el juez se pone a sí mismo en una situación de no poder ser imputado conforme a la regla general de imputación sólo por imprudencia consciente. Por último, este tipo sólo es aplicable cuando se trata de un procedimiento penal. En casos de procesos civiles, la regla aplicable será la del artículo 225 número 1.

b.1.4 Extensión de sujeto activo del artículo 228

El artículo 228 del Código Penal contiene una figura típica análoga a la prevaricación propiamente tal, pero con una variación del sujeto activo. Para su determinación, se aplican las reglas generales de los delitos de funcionarios públicos. Además, el tipo parece ampliar las formas de acción que son imputables, ya que incluye la expresión “providencia”, que en términos procesales es la forma más genérica, y de menor

¹⁷⁹ La doctrina en general lo considera así, Cfr. por ejemplo **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* páginas 207 y 208; **Etcheberry**, *Op.Cit.* N° 156, página 216.

jerarquía, de resolución judicial. Pese a que la técnica legislativa no sea la adecuada, la razón no debe buscarse en un intento de ampliar la punibilidad en los procesos administrativos, sino en la falta de criterios de determinación de las formas de resolución que al momento de la redacción existían en materia administrativa.

b.2 La llamada prevaricación cohecho

Se sostiene en la doctrina que la segunda clase de prevaricación, lo que se denomina prevaricación cohecho, es en realidad simplemente una figura especial del cohecho genérico.¹⁸⁰ Pese a que la redacción del artículo 223 N°2 y de los artículos 248 y 248bis tiene un estilo muy distinto, principalmente porque fueron redactadas en distintos tiempos, el núcleo de injusto es efectivamente similar.

El tipo objetivo está constituido por la aceptación de alguna recompensa, o por convenir aceptarla, a cambio de una acción u omisión en ejercicio de su cargo. Por aceptación debe entenderse la recepción material de la recompensa (“dádiva o regalo”). En principio, la recepción material consumaría el tipo. Pero por el adelantamiento de la punibilidad a la convención en cuanto a aceptar recibir, no es necesario, sin embargo, que se reciba materialmente ésta. Esto se explica porque necesariamente si hay una convención entorno a hacer o dejar de hacer algo en el oficio a cambio de una recompensa, va a haber una convención en cuanto a recibirla, y lógicamente ésta precede o coincide siempre con la recepción material si es que existe esta convención. Por lo tanto, el momento de la consumación va a estar determinado siempre por la doble convención entorno a recibir algo y hacer o dejar de hacer algún acto del cargo. Ello implica que la consumación requiere, necesariamente, de dos convenciones. No basta con que se convenga admitir una recompensa si no se conviene realizar una acción del cargo, y no basta tampoco con que se convenga realizar un acto del cargo si no se conviene recibir una recompensa, sin perjuicio que se pueda dar el primer caso de prevaricación o se pueda imputar otro tipo.

¹⁸⁰ Cfr. **Matus, Politoff y Ramírez**, Op.Cit. N° 94, página 216; **Etcheberry**, Ibíd. página 216, **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Ibíd. página 220.

Lo anterior puede ser confirmado por la propia redacción del precepto. El precepto establece que el tipo lo constituye el “admitir”. La utilización del verbo rector es sumamente elocuente en cuanto a que no basta con una mera recepción material, sino que tiene que ser una recepción convenida.

Resulta problemático, en cambio, el caso de la solicitud de una dádiva sin que el particular la acepte. Etcheberry, por ejemplo, considera que debe ser punible por el 223 número 2.¹⁸¹ Pero, cómo se verá, una interpretación de ese tipo es conflictiva con el alcance del número 3, y por lo tanto resulta más razonable descartarla.

Se puede ver claramente a partir de lo indicado como esta forma de prevaricación constituye un sistema de adelantamiento de la punibilidad más o menos complejo, pese a lo aparentemente muy simple de su redacción. La consumación está determinada exclusivamente por convenciones, y no espera a que se cumplan los compromisos que surgen de ninguna de las dos convenciones. Es por ello que, efectivamente, se trata de un delito mutilado de dos actos, pero los elementos del segundo acto que no requieren realización material tienen que ser parte de las convenciones.¹⁸² Ello lo constituye en un caso claro de un delito de peligro abstracto, y la forma específica de delito contra la Administración Pública que más se asemeja a la tipificación alemana de la aceptación de ventajas.

En este tipo, a diferencia de la prevaricación propiamente tal, resulta imposible identificar razones que hagan necesaria su tipificación como deber distinto del deber del tipo general de cohecho, pese a que puede considerarse que requiere de mayor reproche.

b.3. La llamada prevaricación solicitud

¹⁸¹ Etcheberry, *Ibíd.*, página 217

¹⁸² Matus, Politoff y Ramírez, *Op.Cit.* N° 94, página 216. Respecto de los delitos mutilados de dos actos, Roxin, *Op. Cit.* N° 2, páginas 316 y siguientes.

El tercer caso de prevaricación del artículo 223 lo constituye lo que se denomina la “solicitud”. El verbo rector del tipo lo constituye “solicitar” o “seducir”. La doctrina y la jurisprudencia han reducido ambos verbos a formas de expresar el que el juez pida que se le realicen favores sexuales.¹⁸³ Pese a que seducir puede ser naturalmente entendido de esa forma, la igualación en ese sentido de “solicitar” requiere de una explicación adicional ya que no se sigue de una interpretación en base a una directiva lingüística-semántica. Una forma de entregar esta explicación es, como hace parte de la doctrina, acudir al sentido que tradicionalmente se le da, pese a que no coincida con su sentido literal.¹⁸⁴ Pero una forma mejor de razonamiento, es haciéndolo mediante comparaciones sistemáticas. En términos del sistema de formas de prevaricación que conoce el Código Penal, si por su sentido semántico, solicitar no implica cierre al contexto del acto sino que expresa genéricamente la petición, se producirían problemas relevantes de relación. Si se incluye como “solicitar” la petición de prestaciones pecuniarias y patrimoniales en general, entonces lo que haría el verbo “solicitar” sería declarar que en la convención del número 3 del 223 es irrelevante la aceptación del sujeto pasivo. La conclusión no sólo parece extender excesivamente la punibilidad de esta conducta, sino que deforma todo el sistema del artículo 223. Con ello el número 3 ya contendría derechamente al número 2 sin que haya diferencias de penalidad de por medio, y reduciendo sus requisitos. Por ello, la mejor forma de reconstruir el artículo 223 en las relaciones entre su número 2 y número 3 es precisamente diferenciándolos, como hace la doctrina, y en el ámbito de solicitudes patrimoniales haciendo aplicable exclusivamente el 223 número 2. El 223 número 3 debe limitarse a solicitudes de prestaciones sexuales, con lo que el sistema haría es declarar una mayor gravedad en ésta que en la solicitud de recompensas apreciables económicamente. En el ámbito de corrupción ligado a cuestiones sexuales, no se necesita de convenciones, sino que bastan las ofertas de los funcionarios judiciales.

La prevaricación solicitud reduce al sujeto pasivo de la acción respecto de la prevaricación cohecho. Sólo puede serlo una parte del proceso. Además de ello,

¹⁸³ Cfr. **Matus, Politoff y Ramírez**, *Ibíd.* página 217; **Etcheberry**, *Op.Cit.* N° 156, página 217; **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Op.Cit.* N° 98, páginas 221 222.

¹⁸⁴ Así **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 223.

cambia alguno de sus requisitos adicionales a la realización de la acción típica. Esto refuerza la idea que la acción se reduce a la solicitud de prestaciones sexuales y que no puede tratarse simplemente de una formulación más amplia de la solicitud de favores indeterminados sin necesidad de aceptación del particular.

La prevaricación solicitación tampoco parece tener razones que la distinguan de deberes generales de los funcionarios públicos, y además resulta difícilmente justificable sustantivamente.

c. Otras formas de “torcida administración de justicia”, y su relevancia institucional y procesal

Los artículos 224 y 225 del Código Penal contienen los otros supuestos específicos de delitos en ejercicio de obligaciones derivadas de competencias institucionales de los jueces. El disvalor de injusto de las acciones del artículo 224 se considera menor que el disvalor de las acciones del artículo 223, y el disvalor de las acciones del artículo 225 se considera a su vez menor que el disvalor de las acciones del artículo 224. Las diferencias de penalidad, sin embargo, entre el artículo 223 y el artículo 224 no son tan notorias, en lo relativo a la privación de libertad, cómo podría deducirse del cambio de los supuestos centrales de prevaricación dolosa, a casos de prevaricación genéricamente denominados torcida administración de justicia o a casos de delitos imprudentes.¹⁸⁵ En efecto, la única diferencia entre ambos, es que en los tipos del artículo 223 el juez tiene mayor discrecionalidad para determinar la penalidad, pudiendo llegar a presidio o reclusión menor en su grado máximo. La diferencia máxima es sólo de un grado, y la pena mínima es la misma. El paso de los tipos del 224 al 225, en cambio, supone la inaplicabilidad de la privación de libertad, lo que constituye una reducción mucho más importante. Además, la diferencia esencial entre el artículo 225 y los artículos 223 y 224, salvo este último en su primer numeral, es que el primer artículo contiene sólo tipos culposos. De hecho parte de la doctrina clasifica los tipos entorno a esta diferencia.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Así en **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 211.

¹⁸⁶ **Matus, Politoff y Ramírez**, *Op.Cit.* N° 94, página 216

En todos estos tipos, y con la misma fuerza de los dos supuestos finales del artículo 223, la determinación del alcance del artículo 227 en la especificación del sujeto activo es conflictiva. No vale la pena hacer un análisis detallado de esto puesto que es, evidentemente, un aspecto que requiere un tratamiento diferenciado en una reforma legislativa. Pero existe un punto, que identifica la doctrina,¹⁸⁷ que es importante tener presente. El alcance del artículo 227 en relación con estos tipos no sólo es conflictivo en sí, sino además porque existen una serie de problemas concursales relacionados con los delitos genéricos de funcionarios públicos. Varios de los tipos incluidos en los artículos 224 y 225, además de las dos segundas formas del artículo 223, tienen figuras correlativas en el ámbito genérico de los delitos funcionarios. Existiría, por lo tanto, concurso aparente por subsidiariedad del tipo genérico frente al específico. Pero por las mínimas diferencias de penalidad, ello implica que aún de no ser imputables ciertos tipos en esta sección, pueden seguir siéndolo por las formas genéricas de tipos de funcionarios públicos, los que tienen resultados punitivos similares. Este es un aspecto central a solucionar de una regulación racional de delitos de Administración de Justicia en relación con delitos de la Administración Pública. Es absolutamente necesario, para que una legislación sea racional, el que el tratamiento del sujeto activo pueda dar cuenta de los ámbitos en que merece ser incluido, y que no exista, en cambio, un sistema de resonancias que implique que, de alguna forma, todos los funcionarios van a terminar igualmente incluidos. Por eso, por el tratamiento más simple de los problemas concursales, un modelo no diferenciado de Administración Pública y Administración de Justicia tiene ventajas al respecto. Es usual, como en Alemania, tratar a los delitos de jueces como delitos especiales impropios dentro de delitos especiales propios de funcionarios públicos. Desde un punto de vista de relaciones concursales, un sistema de este tipo es mucho más simple y mucho más consistente. Pero si se quiere mantener la especificidad de la categoría Administración de Justicia, la tipificación va a tener que ser especialmente cuidadosa en las relaciones que mantenga con la categoría delitos contra la Administración Pública. Ello se verá más adelante con algo más de detalle, tanto al analizar el Anteproyecto como al proponer un modelo.

¹⁸⁷ Así en **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. N 98, página 212.

A continuación, se expondrán algunos aspectos problemáticos de los tipos particulares de esta clase, sin ninguna pretensión de exhaustividad, con el objeto de destacar los problemas que produce una regulación tan detallada de posibles conductas lesivas de funcionarios ligados a la administración de justicia.

c.1 Artículo 224 número 2

El artículo 224 número 2 tiene por verbo rector “contravenir a sabiendas”, y la contravención debe referirse a “reglas que regulan la substanciación de los juicios”. La expresión contravenir debe entenderse referida tanto a ejecutar acciones mandadas, que va a ser la regla general tratándose de normas de procedimiento, como no omitir acciones prohibidas. La contravención debe ser intencional, y el juez debe conocer las reglas que está contraviniendo, al igual que en el caso de la prevaricación. No hay reducción a dolo directo, pero sí declaración de relevancia de esos elementos en el dolo. Además, el tipo reduce la contravención a normas procesales, quedando los problemas de normas sustantivas entregados a la regulación de la prevaricación propiamente tal y de los tipos contenidos en los artículos 224 número 1 y 225 número 1.

El elemento más conflictivo de este tipo lo constituye la referencia a la consecuencia que acarrea la contravención. La redacción es particularmente poco precisa, ya que la expresión “en términos de producir nulidad” no deja claro si se exige la producción de ese resultado, o sólo que ello sea posible. La doctrina tampoco se pronuncia al respecto, aunque parece inclinarse por una exigencia de mera posibilidad.¹⁸⁸ Existe un argumento de sensatez que pareciera estar detrás de esta postura: la consumación del tipo no puede depender exclusivamente de la voluntad del sujeto de declarar como lesiva su acción. Esto no quiere decir que la consumación no dependa de la voluntad del agente. Es evidente que en la mayoría de los tipos eso es así, pero esa voluntad no se manifiesta como reconocimiento de lesividad de la acción. En cualquier caso, y pese a ser cierto que la consumación no puede depender de la declaración de nulidad

¹⁸⁸ Así **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 213.

que el propio juez hace de su acción, el vicio en el que incurre no debe ser reparable procesalmente para que se consume el tipo. La posibilidad que tienen los jueces de corregir defectos de nulidad, implica que cuando ello se haga de forma efectiva, habría un desistimiento de la tentativa si la anulación se evita de forma efectiva.

El artículo 225 número 2 amplía esta situación a un delito negligente, con las limitaciones en la imputación subjetiva que ya fueron explicadas.

c.2 Retardo y denegación de justicia

El artículo 224 número 3 se refiere al retardo o denegación de justicia. La redacción de este tipo también es sumamente imprecisa. La acción consiste en “negar” o “retardar” y el objeto de esta acción es la administración de justicia o el auxilio / protección que se solicite legalmente. La hipótesis del retardo tiene dos interpretaciones posibles. En la primera, el retardo debe entenderse en relación con los plazos que exige la ley para la ejecución de la acción que se solicita del juez. La otra posible interpretación, aumenta los tiempos de retardo para hacer imputable la acción, apreciada de forma socialmente contextualizada y no determinada en forma absoluta por normas explícitas. En esta interpretación, lo que se exigiría es que “a causa de (la denegación) sea ya inútil o imposible hacer justicia en el caso concreto”.¹⁸⁹ Al no ser en general fatales los plazos judiciales en la interpretación unánime que de ellos se hace en el Derecho Chile, la variante funcional defendida por Etcheberry parece más plausible.

La otra hipótesis la constituye la denegación de justicia. Negar, a diferencia de retardar, consiste en no entregar de forma definitiva una prestación, en condiciones que la ley lo exige. La negación de justicia, entendida en esos términos, no tendría diferencias sustanciales con la prevaricación.¹⁹⁰ El juez fallaría contra lo que procede

¹⁸⁹ **Etcheberry**, Op.Cit N° 156, página 218. La formula que eligen **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 215, es mucho menos productiva. Para ellos, deben afectarse « derechos fundamentales » con el retardo, y no sólo superarse plazos legales. El criterio es demasiado impreciso.

¹⁹⁰ **Etcheberry**, *Ibíd.*, advierte exactamente el mismo problema, pero lo soluciona entregándole el peso mayor a la hipótesis de retardo. **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.*, a su vez, consideran « más difícil que se verifique ». El problema no es que, interpretado de forma alternativa, sea difícil que se verifique. Al contrario, el problema es precisamente la facilidad con la que lo haría.

legalmente de forma intencional, no dando lugar a la administración de justicia que corresponde. Además, interpretando el artículo en esos términos amplios, sería una forma de prevaricación sin las limitaciones de ésta, y con una penalidad sólo ligeramente inferior. Es por ello que el rol central de este artículo lo cumple la conjunción “y”. Por la presencia de la conjunción “y”, que indica no alternatividad pero copulatividad, no debe entenderse “administración de justicia” en esos términos amplios, sino que debe tratarse de casos en que la ley radica la protección de derechos individuales frente a abusos en el Tribunal en cuestión. Es decir, no se trata de casos genéricos de ejercicio de la función judicial, sino de casos específicos que exceden la función normal del juez, que es dar a cada parte lo suyo, determinar los derechos de las partes en un conflicto. Con ello, lo central en la determinación de la punibilidad de este artículo, es la determinación de lo que constituye “el auxilio y la protección legal” como criterio específico que se protege.

La denegación o el retardo sólo serán punibles, por último, cuando sean “maliciosas”, esto es, cuando haya dolo directo de primer grado.

c.3 Torcida administración de justicia en relación con la privación de libertad

El artículo 224 número 4 se refiere a la privación de libertad de una persona. Es sumamente conflictiva la interpretación de este numeral. Lo punible de la acción es no decretar una “prisión” que procede legalmente, o no ejecutar una prisión ya decretada, siendo posible hacerlo. Es decir, el injusto del numeral 4 se relaciona con dejar en libertad a alguien, no con privarlo de libertad.

En el primer caso –no decretar privación de libertad en condiciones que procedería- no se especifican las condiciones en que no se cumple con la normativa legal. El problema más importante de esta primera forma, por lo tanto, es entregar los criterios de imputación objetiva correspondientes, esto es los criterios de adecuación o inadecuación social del comportamiento de los jueces frente al derecho. Ello es un

trabajo que excede las pretensiones de esta parte, por lo menos en lo relativo a un tipo menor como éste.¹⁹¹

En el segundo caso- no ejecutar una privación de libertad ya decretada- puede o no haber incumplimiento de una orden de un superior. Puede ser el propio tribunal el que debe ordenar la ejecución de la resolución en que él mismo decreta la prisión, o puede ser un tribunal distinto del que dicta la resolución, y ser el juez-imputado simplemente el juez competente para llevar a cabo la ejecución de esa resolución.

La no ejecución de la privación de libertad tiene menos problemas de imputación al tipo objetivo que la no dictación de ésta. Aquí basta con demostrar que había una resolución que decretaba la prisión preventiva y que el juez no ordenó cumplirla, conociendo ésta. En el caso de la no dictación, su imputación al tipo objetivo es particularmente problemática. La limitación en las formas de imputación subjetiva que cumple la expresión “maliciosamente” es lo que mejor puede limitar los excesos a los que podría dar a lugar esta disposición. En ambos casos, la acción sólo es punible cuando hay dolo directo de primer grado. Con una restricción tan fuerte del dolo, cuando se cumplan esos requisitos normalmente se van a cumplir también los requisitos de imputación objetiva, lo que permite esconder los problemas de ésta. El problema necesariamente va a volver, sin embargo, por la inclusión en el artículo 225 número 4 de un tipo culposo similar. Con ello el desarrollo de criterios consistentes de imputación objetiva es crucial mientras no se deroguen estos tipos.

Otro problema que presenta esta disposición es que no es claro qué es “decretar la prisión de una persona”. Su amplitud semántica permite incluir tanto a la prisión preventiva como a una sentencia condenatoria con resultado de privación efectiva de

¹⁹¹ La doctrina también identifica el problema, pero no ofrece criterios consistentes para tratarlo. Ver **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.*, páginas 215 y siguientes. Éstos distinguen entre discrecionalidad arbitral del juez, y situaciones en que la decisión sobre la prisión se encuentra reglada. Cuando hay discrecionalidad, no es punible. Sin perjuicio que en términos de argumentación jurídica las consideraciones entorno a la discrecionalidad sean complejas, aún concediendo el punto, el ejemplo de ambos casos que entregan es demasiado obvio como para entregar pautas sobre el tema. Habría discrecionalidad para determinar los requisitos de la prisión preventiva, pero no la habría para decretarla si el juez considera que se cumplen.

libertad. La doctrina, sin entregar razones para ello, lo interpreta en el sentido amplio.¹⁹²

El artículo 224 número 5 describe la misma acción que en numeral anterior, pero con el resultado contrario. El verbo rector aquí es “retener en calidad de preso”, esto es mantener privado de libertad. El carácter fáctico del verbo retener muestra que no basta simplemente con dictar la resolución que ordena encarcelarlo, sino que tiene que ejecutarse ésta y privar efectivamente de libertad al imputado, y sólo en ese caso de no ser liberado puede llegar a imputarse este tipo. Con ello, disminuye el ámbito de aplicación frente a la situación del número 4, y aumentan los requisitos. Además, la penalidad se mantiene en condiciones en que este caso hay directa y necesariamente afectación ilegítima de derechos individuales. Ello demuestra la absoluta falta de criterios de legitimación sustantiva de la norma de sanción del legislador.

En lo demás, esta disposición y su correspondiente ampliación a imprudencia, reproducen todos los problemas de imputación objetiva y subjetiva del caso anterior, pero con diferencias relativas, evidentemente, a la carga de prueba, a la valoración de la prueba a favor del imputado, y de los requisitos que se requieren para decretar una sentencia condenatoria, o una resolución que decrete la prisión preventiva, respecto de la que no lo hace. El tipo imprudente además amplía aún más los requisitos frente al 225 número 4. Aquí se exige que la privación de libertad se extienda, por negligencia, por al menos 48 horas.¹⁹³ No es punible si se extiende menos de ese tiempo. Ello vuelve a ilustrar respecto de la ausencia de cualquier razonabilidad de esta regulación.

c.5 Vulneraciones al deber de imparcialidad

¹⁹² *Ibíd.*

¹⁹³ Este extraño requisito pareciera haberse justificado por consideraciones de razonabilidad respecto de la lentitud del funcionamiento de ciertas instituciones públicas. Así lo explican **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 217, analizando la historia del establecimiento del Código Penal. El absurdo llega al punto que el Derecho Penal crea normas de comportamiento lesivas de intereses individuales.

El tipo del artículo 224 número 6 se refiere a situaciones de pérdida de imparcialidad sobreviviente, y de falta al deber establecido en el artículo 320 del Código Orgánico de Tribunales. Aquí el juez incumple parte de sus deberes especiales que dan lugar, y permiten, la administración de justicia. Esta pérdida de imparcialidad debe manifestarse de una de dos formas. La primera forma es revelando secretos del juicio a una de las partes. El caso más importante en que ello podría darse es en la revelación de secretos de sumario que no cumpla con los requisitos y las formas legales. En el proceso penal actual, ello también podría darse teóricamente cuando se decreta secreto especial. Pero usualmente quien conoce del contenido de ese secreto es el Ministerio Público, que no es un sujeto activo posible de este tipo. En materia civil existen ciertos deberes de secreto muy excepcionales. Así sucede por ejemplo con el deber de mantener en secreto el pliego de posiciones, que podría dar lugar a la configuración de este tipo si se revela.

En la segunda forma que reconoce el artículo 224 número 6, la pérdida de imparcialidad se manifiesta derechamente aconsejando sobre las acciones conducentes a obtener resultados favorables.

Ambas acciones deben manifestarse en un resultado concreto, esto es que dé lugar a perjuicio para la parte contraria. Por configurarse de esta forma como delito lesivo, es necesario que exista un vínculo de causalidad entre la acción y la lesión, y que sea objetivamente imputable.

c.6 Implicancia ocultada

Finalmente la última forma de torcida administración de justicia se encuentra en el artículo 224 número 7. El juez debe “fallar”, esto es emitir una sentencia definitiva o interlocutoria con efecto de término, en situaciones en que exista implicancia que no sólo sea conocida personalmente por el juez, sino que además sea objetivamente manifiesta. La causal de implicancia tiene que ser perceptible externamente.¹⁹⁴ El tipo exige además que el juez no haya hecho saber la implicancia anteriormente a las

¹⁹⁴ En el mismo sentido, **Etcheberry**, Op.Cit. N° 156, página 219.

partes. Pese a que procesalmente ello no valida su actuación, ya que sigue siendo anulable de oficio, desde un punto de vista penal dar a conocer la situación al menos provisoriamente excluiría el injusto penal. La eventual provisoriedad de la exclusión del injusto viene dada por el hecho que la acción del juez puede ser igualmente imputable bajo el número 2 del artículo 224, ya que un juez que actúa implicado teniendo conocimiento de ello incurre voluntariamente en situaciones anulables. Pero precisamente porque ambos tipos siempre se encuentran en concurso aparente, y la norma aplicable en ese caso de concurso es el número 7, de darse esta situación la actuación no sería penalmente punible.¹⁹⁵

Respecto del requisito de conocimiento de las partes, la redacción parece dar a entender que la existencia de la implicancia debe darse a conocer a todas las partes para excluir la punibilidad, ya que se utiliza el plural. La expresión “haber hecho saber” pareciera manifestar, asimismo, la necesidad de que exista una acción externa realizada con ese objetivo. Sin embargo, muchas de las causales de implicancia tienen una relación bilateral, en la que tanto el juez como la parte relacionada necesariamente tienen el mismo conocimiento de la causa de implicancia. Piénsese por ejemplo en las relaciones de amistad o de parentesco. La parte relacionada necesariamente sabe que el juez se encuentra implicado. Por ello en esas situaciones, en que el juez sabe que la otra parte conoce la situación que da lugar a la implicancia, bastaría con que se lo hiciera saber a las otras partes distintas de la relacionada para que el juicio de imputación no sea posible.

d. La desobediencia

La sección 4 del Título V contiene otros tipos cuya relevancia institucional es menor, así como las consecuencias prácticas que la imputación de responsabilidad conlleva.

¹⁹⁵ Otra forma de solución del problema lo constituye la vía que utiliza **Etcheberry**, *Ibíd.* Para éste, precisamente por ser declarable de oficio la implicancia, es que debe interpretarse como comprensivo de implicancia y de recusación. Pero pese a que sea funcionalmente plausible, una interpretación de este tipo es abiertamente contraria al principio de legalidad. Así lo reconocen también **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Op.Cit.* N° 98, página 218.

El artículo 226 del Código Penal contiene lo que se denomina la desobediencia de los jueces, o prevaricación desobediencia. Desde ya, es difícil identificar salvo bajo construcciones de una abstracción impalpable, como este tipo puede constituir un delito contra la Administración de Justicia que tenga relevancia lesiva cómo para ameritar su tipificación. El cumplimiento de órdenes de superiores debiera asegurarse con formas alternativas de cumplimiento en caso de insistencia, y sobre todo con sanciones administrativas. La doctrina reconoce el problema, señalando que no debiera constituir un delito específico sino asimilarse a los tipos genéricos de desobediencia (artículos 159 en relación con la obediencia debida y 252 con el tipo).¹⁹⁶ Eso desplaza el problema, ya que tampoco es convincente, sin una explicación adicional, el que la mera desobediencia merezca una sanción de carácter penal como delito funcionario. Pero ese es un problema que nos es ajeno para efectos de este trabajo.

La acción típica consiste en no cumplir “órdenes legalmente comunicadas por autoridades superiores competentes”. En la aplicación de esta disposición a los jueces, debiera tratarse de la no ejecución por el tribunal competente de resoluciones dictadas por tribunales superiores. La referencia a la legalidad de la orden debiera referirse en principio a aspectos formales.¹⁹⁷ Para que una orden sea legal, basta con que cumpla los aspectos formales y procedimentales que exige la ley, esto es que cuente como una orden. En la estructuración del Estado, los inferiores generalmente no tienen competencia para analizar el mérito de la orden del superior.

Pero el propio artículo 226 reconoce ciertas excepciones a esto. En primer lugar, incluye como excepción la manifiesta ilicitud de la orden, redactada extrañamente repitiendo la primera parte del artículo ya que dice “a menos de ser evidentemente contraria a las leyes”. La única forma de darle sentido a esta expresión, y que no sea una mera repetición de que la orden debe ser legal, es diferenciar el sentido de “legal” en la primera parte del artículo de la expresión “contraria a las leyes”. De otra forma o bien se permitiría una amplia revisión de mérito, ya que al tener el mismo sentido la

¹⁹⁶ Cfr. **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 224; **Etcheberry**, *Ibíd.* página 220.

¹⁹⁷ Así también **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 225; **Etcheberry**, *Ibíd.*

legalidad en ambos casos e interpretarse ampliamente por la redacción de la primera parte no se exige que sea “evidentemente” legal, lo que en una organización jerárquica no tiene sentido, o bien se consideraría ociosa la primera excepción. Para evitar ese absurdo, hay que interpretar “legal” en la primera parte como exigencia de forma, y “evidentemente contrario a las leyes” ahora así haciendo referencia a cuestiones sustantivas pero limitadas a que sean “evidentes”. Esa es la única interpretación que tiene sentido y que además cumple una función integradora importante, ya que de otra forma quien cumple la orden puede ser imputado por su responsabilidad en el cumplimiento de la orden sin poder invocar la justificación de obediencia debida, ya que habría manifiesta ilicitud.¹⁹⁸

La segunda excepción que permite una cierta revisión de merito del inferior se encuentra redactada al final de la primera parte del artículo 226. El inferior debe prever consecuencias que es evidente que el superior no previó al momento de dictar la orden y mandar a ejecutarla. Como normas de comportamiento, aquí sí parecen excesivas las facultades del inferior, ya que le permitiría revisar las consecuencias de las órdenes de su superior y negarse a cumplirlas cuando le parezcan negativas. Pero por la tipificación de una conducta que no debiera tener relevancia penal, la exigencia puede tener un rol importante.

La tercera excepción se encuentra entre las dos anteriores. La orden debe haberse obtenido con engaño. Aquí el funcionario no efectúa una revisión de mérito o de la forma en que se manifiesta la orden, sino del procedimiento mismo por el que se obtuvo la orden.

La cuarta excepción, finalmente, es puramente de forma. De lo que se trata aquí es de la falta de autenticidad de la orden, es decir que no se trate de una orden, con lo que no es más que una manifestación de la regla general.

¹⁹⁸ La manifiesta ilicitud, por ejemplo, excluye la posibilidad de invocar obediencia debida en el artículo 33 del Estatuto de Roma.

En todos los casos anteriores, para liberarse de la obligación de cumplir o de la responsabilidad consecuente por la acción si el superior decide insistir, debe seguirse un procedimiento determinado en el inciso segundo. Se le permite suspender la ejecución al funcionario mientras comunica su negativa y sus razones al superior. El superior sigue teniendo la posibilidad de obligarlo, pero al insistir tras este procedimiento libera de responsabilidad por la ejecución al inferior.

Estas formas excepcionales de eximir de responsabilidad en el artículo 226 reemplazan las órdenes de obediencia debida aplicables genéricamente a los funcionarios públicos en el artículo 159 del Código Penal. Por su especialidad y por tratarse de una función específica, siempre que se pretende excusar del cumplimiento de una obligación dictada por un tribunal superior, el tribunal inferior debe seguir el procedimiento del artículo 226. Se considera que el juez tiene mayor conocimiento para detectar órdenes ilícitas y por ello la justificación de su comportamiento sigue procedimientos fijos, que la generalidad de los funcionarios públicos no debe seguir. La doctrina identifica una excepción a esto. Cuando se trate de una orden manifiestamente ilícita que implique la comisión de un delito, el juez menor puede abstenerse de cumplir la orden bajo la eximente genérica de obediencia ilícita.¹⁹⁹ Esto es consistente con la regulación internacional de la obediencia debida.

e. Los tipos de la sección 4 del Título V del Libro II cuyo sujeto activo no es un juez

e.1 Delitos de abogados y procuradores

La sección 4 del Título V no sólo no tiene una determinación del sujeto activo exclusivamente referida a quienes ejercen la jurisdicción, sino que además incluye sujetos que ni siquiera son funcionarios públicos. Ello no sucede sólo con los delitos del artículo 227. En particular, los artículos 228 y siguientes incluyen como sujeto activo posible a abogados y procuradores. La doctrina ha criticado esta inclusión por cuestiones sistemáticas y en lo relativo al objeto de protección, considerando que se trata de tipos cuyos deberes que se infringen no son asimilables a los deberes de los

¹⁹⁹ Cfr. **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. N° 98, página 226.

jueces, siendo o bien deberes puramente particulares, o bien una forma particular de éstos, los delitos de “deslealtad o infidelidad profesional”.²⁰⁰

Pese a que efectivamente, por el carácter específico del deber del juez, la ubicación de los delitos de abogados junto a los delitos de jueces y la asimilación total de los delitos de abogados a delitos de jueces es incorrecta, el alcance de los deberes de abogados tampoco coincide necesariamente con deberes generales de solidaridad de particulares, ni con deberes generales reforzados por relaciones contractuales, como se deduce de la consideración de simples deberes de lealtad. La consideración de la abogacía en un sentido más bien prusiano,²⁰¹ como un “auxiliar de la administración de justicia”, implica establecer un status específico de éstos que no es reducible a una relación contractual reglada por normas de orden público. Esto es, la relación del abogado con su patrocinado en el proceso tiene efectivamente un aspecto de deber público relevante. Es por ello que, más allá de los errores que puedan encontrarse en la categoría, más allá de estar configurada de modo particularmente alejado de la Administración de Justicia y más allá que se trate de delitos que tienen una forma de afección al bien jurídico distinta de la prevaricación genérica, es posible reconducir esta sub-categoría al mismo objeto de protección Administración de Justicia, al menos en abstracto. Si, en cambio, nuestra concepción de la abogacía fuera puramente liberal, entonces los deberes relevantes serían ajenos a la Administración de Justicia, salvo en su calidad de particular con deberes generales de solidaridad.²⁰² Sobre el problema de la determinación de la forma más verosímil de consideración de la abogacía se volverá más adelante.

²⁰⁰ *Ibíd.* página 227.

²⁰¹ Al respecto, ver por ejemplo **Peña, Carlos**, Notas sobre abogados y educación legal, en <http://islandia.law.yale.edu/sela/penas.pdf>.

²⁰² **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Op.Cit.* N° 98, página 227, lo reducen a este plano, agregando que tienen « una posición privilegiada (pese a ser particulares) que les permite perturbarla ». Pero ello no permite explicar precisamente ni lo que constituye esa posición privilegiada, y sobre todo no permite explicar porqué esa posición privilegiada necesita una protección especial en el área de los delitos contra la Administración de Justicia. Si fuera una mera posición de mayor relevancia fáctica, de mayor posibilidad de acceso, ello no impediría que se tratara de delitos comunes que, sin embargo, son usualmente cometidos por abogados. Por ello, matizan su postura posteriormente en la página 228, señalando que hay una cierta posición de garante implicada.

Las formas de “prevaricación” de abogados y procuradores que se encuentran en esta sección, son básicamente tres, contenidas en los artículos 231 y 232. La primera de ellas se define como “perjudicar al cliente”, la segunda “revelación de secretos”, y la última “patrocinar a la parte contraria”.

Todos ellos tienen como sujeto activo al abogado y al procurador, salvo la última, ya que el patrocinio procesalmente sólo puede ser asumido por un abogado.²⁰³

El tipo del artículo 231 tiene dos hipótesis distintas. La primera, se define a partir del verbo rector “perjudicar”. Además, ese perjuicio debe obtenerse con “abuso malicioso del oficio”. La doctrina entiende que la determinación de lo que constituye abuso del oficio hace relevante los usos normativos del Código de Ética Profesional. Pero por su status, asignarle valor para hacer vinculante un uso normativo como medio de imputación en materia penal es derechamente una infracción al principio de legalidad. Además, esta aplicación del concepto de usos normativos no permite determinar en nada el aspecto realmente conflictivo de este tipo, que es la determinación de lo que constituye un “perjuicio” relevante y grave, de lo que depende su penalidad.

En doctrina, para efectos de determinar la existencia y la magnitud del perjuicio se entiende usualmente que éste no se limita a un perjuicio patrimonial.²⁰⁴ Esa conclusión es correcta, no sólo porque perjuicio no siempre se usa normativamente en términos patrimoniales, sino además porque la forma más fuerte de perjuicio que puede provocar un abogado a su cliente no es pecuniaria, sino relativa a su libertad personal en el proceso penal. Aún así, la redacción es sumamente imprecisa.

En materia de tipo subjetivo hay una reducción a dolo directo por la utilización de la expresión “maliciosamente”.²⁰⁵

²⁰³ De igual opinión **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 228, 233 y 234

²⁰⁴ Cfr. **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 229-230; **Etcheberry**, *Op.Cit.* N° 156, página 231; **Matus, Politoff y Ramírez** *Op.Cit.* N° 94, página 217.

²⁰⁵ *Ibíd.*

La segunda hipótesis del artículo 231 se define a partir del verbo rector “descubrir” secretos. La determinación de lo que constituye un secreto depende, evidentemente, de la extensión del secreto profesional. La doctrina entiende, además, que por la sujeción de la penalidad a la extensión del perjuicio, se requiere de perjuicio en los términos de este artículo, lo que, en su opinión, sería injustificable.²⁰⁶ Pese a que la redacción la considera un puro problema de penalidad y no de punibilidad, se trata de un evidente error de técnica legislativa.

Esta segunda hipótesis, además, es una forma especial de la revelación de secretos profesionales genérica del artículo 247. Como norma especial, sólo ésta es aplicable tratándose de abogados.

En ambas hipótesis del artículo 231 la relación entre abogado o procurador y víctima no tendría que ser necesariamente formal, en la opinión de la doctrina mayoritaria, expuesta principalmente por Etcheberry.²⁰⁷ La utilización del sustantivo cliente para determinar la calidad de la relación sería concluyente al respecto conforme a esta opinión. Rodríguez Collao y Ossandón Widow, en cambio, en un intento por hacer consistente la regulación con el objeto de protección que le asignan, lo restringen a situaciones de relación contractual en el marco de un proceso judicial.²⁰⁸

Finalmente, el artículo 232 sanciona el patrocinio de una causa cuando ya se tiene el patrocinio de la contraria. La existencia de una definición técnica de patrocinio es evidentemente un argumento fuerte para, en virtud del principio de legalidad, reducir la acción típica a esa figura específica. Parte de la doctrina no lo interpreta así, bajo el argumento que no existen razones para limitarlo de esa forma respecto del mandato judicial. Pero la razón es evidente, aunque no inmediatamente funcional.²⁰⁹ El principio de legalidad obliga a interpretar en forma estricta las palabras que definen el ámbito de aplicación de un tipo. Y esa razón es, en la argumentación penal dogmática, mucho más fuerte que las razones funcionales para extender el ámbito de punibilidad.

²⁰⁶ Así **Etcheberry**, *Ibíd.*, página 222.

²⁰⁷ *Ibíd.* página 221.

²⁰⁸ **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Op.Cit.* N° 98, página 230.

²⁰⁹ *Ibíd.* página 235.

Finalmente toda la doctrina entiende de forma unánime, que sólo es punible el patrocinio de partes contrarias de forma simultánea.²¹⁰ Por la redacción del tipo, la conclusión es correcta. Además, el tipo sólo se perfecciona una vez se asume el segundo patrocinio mientras esté vigente el primer patrocinio.

e.2 Omisión del deber de perseguir o aprehender delincuentes

El artículo 229 incluye un tipo relativo a las obligaciones de ciertos funcionarios públicos de aprehender delincuentes. Parte de la doctrina lo considera una forma especial de denegación de auxilio del artículo 253,²¹¹ lo que debe considerarse parcialmente acertado, y una forma especial de obstrucción a la justicia.²¹² La segunda conclusión es errada. El deber en lo relativo a la obstrucción a la justicia es un deber puramente privado, un deber de pura solidaridad. No es el caso aquí. No sólo se requiere de una calidad especial, sino además una orden específica en virtud de esa calidad. Eso deduce de la última parte del artículo, que parte de la doctrina omite por considerarla irrelevante. Que tenga que haber un antecedente escrito excluye la detención por delito en flagrancia, y no existiendo otras situaciones en que pueda proceder de oficio el funcionario que debe aprehender, sólo puede ser en virtud de una orden. Con ello, es antes una forma especial de desobediencia que una forma especial de obstrucción a la justicia.

2. El falso testimonio, el perjurio y la acusación calumniosa

El Título IV del Libro Segundo del Código Penal termina con la sección 7. Esta sección trata en particular de delitos relacionados con el falso testimonio, el perjurio, y la denuncia calumniosa. El propio nombre del Título incluye una referencia expresa a estos tipos, cuestión que es única en todo el Código Penal. Como ya se explicó, parte

²¹⁰ Así **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.*; **Etcheberry**, *Op.Cit.* N° 156, página 222; **Matus, Politoff y Ramírez**, *Op.Cit.* N° 94, página 217.

²¹¹ **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.*, página 239; **Etcheberry**, *Ibíd.*, página 221.

²¹² **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.*, página 237.

de la doctrina interpreta correctamente la referencia explícita del encabezamiento a estos tipos, como una muestra de que al menos no tienen ninguna relación con la fe pública.²¹³ Se trataría de delitos que tienen alguna relación en el tipo objetivo con las falsedades, pero cuyo objeto de protección es la Administración de Justicia.

a. Los supuestos de falso testimonio

El tipo cuya regulación es más extensa en la sección 7 es el falso testimonio. En la doctrina chilena, se le califica casi unánimemente como un delito especial propio, cuya realización sólo admite ser de propia mano, de mera actividad, y de peligro abstracto.²¹⁴

a.1 Clasificación y determinación del sujeto activo

La calificación de tipo de peligro abstracto requiere una discusión en torno al bien jurídico en cuestión. Tanto Garrido Montt como Etcheberry consideran que se trata de un tipo referido a un bien jurídico colectivo. Cómo tal, la clasificación del tipo como tipo lesivo o como tipo de peligro es mucho más conflictiva de lo que parece.²¹⁵ Si se admite que se trata de un tipo lesivo de un bien jurídico colectivo, entonces nunca tiene la relevancia suficiente, por sí mismo, para dañarlo de forma relevante. La clasificación en delito de lesión o de peligro, en ese sentido, no es productiva. Si bien es cierto lo que señala Etcheberry, en cuanto a que el grado de lesión del delito puede afectar su penalidad, esa lesión en nuestro derecho se manifiesta como lesión secundaria de intereses individuales y no como lesión al objeto de protección directo. Es decir el factor del que depende principalmente el incremento de la penalidad no se manifiesta como intensificación del daño al bien jurídico protegido en concreto, ello sería imposible de hacer, sino que como intensificación de la lesión a otros derechos individuales, o a lo sumo como intensificación abstracta de un daño inapreciable. En

²¹³ **Etcheberry**, Op.Cit. N° 156, páginas 134-136, y 184 y siguientes, **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.*, páginas 241 y siguientes.

²¹⁴ Por ejemplo, **Garrido Montt**, Op.Cit. N° 103, página 108. Una calificación similar, en lo relativo a la autoría y a la lesividad del tipo, se encuentra en **Etcheberry**, *Ibíd.*, páginas 185 y siguientes.

²¹⁵ Al respecto, Cfr. **Hefendehl**, Op.Cit. N° 88.

ese sentido, la penalidad depende de si se trata de causa civil o criminal, en la que hay una variación abstracta del grado de lesión colectivo al bien jurídico, de si se da testimonio a favor o en contra del imputado en materia penal y del delito que se le imputa, lo que puede resultar indirectamente lesivo de intereses individuales. Podría decirse que ello no explica la razón de la intensificación de la penalidad del falso testimonio criminal sobre el civil cuando se declara a favor del imputado, o la mayor penalidad de la declaración favorable al imputado cuando se trata de un crimen que cuando se trata de una falta. Pese a que es un punto sensible político criminalmente, es absolutamente posible explicarlo por la diferencia de afección abstracta a un bien jurídico colectivo. Pero nunca hay, en la comisión de un solo delito, afección directa y concreta.

En cuanto a la calificación de delito especial propio y de propia mano, la razón de esa calificación descansa en la relación de estos tipos con la presentación de testigos falsos del artículo 207 del Código Penal. Si bien es lógicamente posible considerar que ambos tipos tienen un ámbito de aplicación compartido, y que el segundo tipo soluciona los problemas concursales en cuestión cuando el co-autor o partícipe es además la parte, por la redacción de los artículos relativos al falso testimonio la interpretación de la doctrina general se tiene que considerar como la adecuada. Ello se debe a la utilización constante de términos normativos²¹⁶, que por aplicación del principio de legalidad deben limitarse a lo que en la doctrina procesal tradicional se conoce como testigo ordinario, por oposición a los testigos instrumentales.²¹⁷ Además, funcionalmente, por la importancia de la estabilización del contexto especial del proceso, esa interpretación es mucho más sensata político criminalmente.

Sin embargo, las limitaciones al sujeto activo por utilización de calificaciones normativas han disminuido. Antes de la dictación de la ley 20.074, el término que se utilizaba era exclusivamente “testigo”. Ahora, esto se ha ampliado expresamente a peritos e intérpretes. En principio, una reforma de este tipo tiene cierto valor. Soluciona

²¹⁶ Al respecto ver **Etcheberry**, Op.Cit. N° 156, páginas 186-187. La misma opinión puede encontrarse en **Garrido Montt**, Op.Cit. N° 103, página 109; también en **Matus, Politoff y Ramírez**, Op.Cit. N° 94, página 218.

²¹⁷ Para una explicación de la limitación a testigos ordinarios, ver **Etcheberry**, *Ibíd.*, página 188.

problemas con ciertos cargos que tienen obligaciones generales asimilables a la de los testigos, aunque reforzadas, por lo que la reforma debiera ser político criminalmente valiosa. Delimitaría en materia penal correctamente la naturaleza de las normas de comportamiento en cuestión, con lo que sería una agrupación adecuada. Pero la reforma no fue bien hecha. La consecuencia lógica de establecer delitos relacionados con la infracción de los deberes de los peritos junto a los testigos es, evidentemente, eliminar la referencia a éstos en el ámbito de los delitos de jueces en el artículo 227 del Código Penal. Y ello no se hizo.

Para los efectos de contar como peritos, intérpretes o testigos, el sujeto debe cumplir una serie de requisitos que se determinan procedimentalmente. Es decir deben cumplirse los requisitos de la norma potestativa que determina la validez del testimonio, peritaje o de la traducción, y tiene que tratarse de una declaración lingüística que cuente pragmáticamente como testimonio, peritaje, o traducción.²¹⁸

En relación con la calidad de testigos, la doctrina ha debatido sobre algunos de los requisitos formales que tiene que cumplir el sujeto activo para poder cumplir con la calidad que exige el tipo.²¹⁹ Para la doctrina que interpreta al falso testimonio como una especie de perjurio, la respuesta es evidente. Lo único que es relevante es que se preste juramento. Pero se tiene razón cuando se dice que ello daría lugar a interpretaciones inverosímiles, que además atentarían contra el privilegio de no autoincriminación. La ampliación del cumplimiento del requisito del juramento a la posibilidad de hacerlo bajo promesa, constituye un argumento decisivo al respecto. El juramento o promesa es simplemente un requisito habilitante del sujeto activo, es decir es una condición necesaria pero no suficiente para que el imputado pueda ser considerado sujeto activo.

Existen, sin embargo, otros requisitos adicionales que parte de la doctrina y de la jurisprudencia han impuesto que no parecen ser justificables en el derecho vigente.

²¹⁸ En sentido similar, **Etcheberry**, *Ibíd.* página 189; **Garrido Montt**, *Op. Cit.* N° 103, página 109.

²¹⁹ En detalle, **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Op.Cit.* N° 98, páginas 243 y siguientes. Aún así, es necesario tener presentes las precisiones que se hacen en esta parte.

Por ejemplo, parte de la doctrina sostiene que la declaración debe ser absolutamente ajena al testigo. Es decir, no sólo no debe ser parte del juicio, sino que debe tener un desinterés absoluto por éste.²²⁰ Ello implica una restricción excesiva que es puramente antojadiza y que no tiene relación con las limitaciones normativas que pueden encontrarse en el ordenamiento jurídico. Efectivamente por aplicación de las normas generales del testimonio la declaración en causa propia no puede ser punible por falso testimonio, ya que la utilización del término normativo “testigo” es decisiva al respecto, y de otra forma vulneraría completamente el privilegio de no auto-incriminación. En el nivel de la norma de comportamiento, no hay obligación posible de la parte de no prestar falsa declaración. Pero ello no impone limitación alguna, en el nivel de la norma de comportamiento, a la extensión de la obligación de declarar de quien no sea parte.

Las únicas limitaciones a la extensión de la obligación de declarar las entregan las normas que levantan esta obligación bajo determinados requisitos, facultad que debe hacerse valer para que la norma de comportamiento ya no constituya una orden. Cuando se hace valer una causal de exención de la obligación procesal de declarar – que es un deber general de solidaridad impuesto por el ordenamiento jurídico– no hay antinormatividad en el comportamiento del testigo que no declara y, sin existir obligación de declarar, no puede haber obligación de no mentir al declarar. Es plausible sostener, además, que a nivel de norma de sanción penal basta con que exista la causal de levantamiento de la obligación de declarar para que no sea punible, sin necesidad que se invoque. Si no se la invoca, va a existir aún la obligación de declarar y además van a existir facultades coactivas para obtener el cumplimiento de esa obligación, pero no así va a ser imputable la declaración falsa. Esa parece deducirse, además, de la nueva redacción del artículo 206 en su inciso final. Una reflexión consistente permite llegar a esa conclusión. Pero sólo en esos casos puede limitarse la aplicación del tipo. En casos en que exista un interés que no se manifieste como causal que permita abstenerse de declarar, el falso testimonio es igualmente injusto si cumple con los otros requisitos.

²²⁰ Cfr. **Matus, Politoff y Ramírez**, Op.Cit. N° 94, página 218; **Garrido Montt**, Op.Cit N 103, página 111.

Otras limitaciones que suele imponer la doctrina a la extensión del injusto del falso testimonio dicen relación con su afección al bien jurídico en cuestión.²²¹ Conforme a este criterio, al ser el falso testimonio un delito de resultado y lesivo, sólo de poder afectar el bien jurídico, al influir en la resolución que la valora como prueba, sería punible. En los otros casos no sería punible, por no causar el resultado exigido, o por no ser lesivo. Puede verse como la plausibilidad de esta limitación depende completamente de la calificación de tipo de resultado y lesivo del falso testimonio. Si es un tipo de peligro, sobre todo de peligro abstracto, una limitación de este tipo no es sostenible. Lo mismo sucede si se considera de mera actividad. Ya en la doctrina chilena, como se ha visto, se suele considerar al falso testimonio como un tipo de peligro abstracto. En la dogmática comparada, a su vez, se suele considerar un delito de mera actividad.²²² Pero la dificultad de determinar su naturaleza en relación con esa clasificación, se debe precisamente a que afecta un bien jurídico colectivo, y por ello se hace comprensible algo que en principio parece absurdo, esto es que autores que califican al falso testimonio como un tipo de peligro abstracto y de mera actividad exijan lesión directa para que sea punible. Esta confusión la provoca el bien jurídico, ya que no permite aplicar directamente la clasificación. Por ello, es errado exigir un resultado de este tipo.

Finalmente, como es evidente, sólo puede cometer falso testimonio un sujeto cuando actúa en un proceso. En virtud de los artículos 206, 209 y 210, la declaración puede recaer en un proceso penal, civil o no contencioso. Pese a que la redacción del artículo 210 es más bien amplia, y no hace referencia a Tribunales, debe interpretarse que el falso testimonio ante autoridades administrativas en procesos contenciosos administrativos no es punible en esta sección.

²²¹ **Matus, Politoff y Ramírez**, *Ibíd.* En un sentido más limitado, y similar a la posición aquí defendida, **Etcheberry**, *Op.Cit.* N° 156, página 189. Pese a ello, el requisito que impone Etcheberry, en orden a que se trate de una declaración sobre “hechos externos y específicos” apunta en una dirección más bien similar a la de Matus, aunque nunca utilice la expresión lesión. En todo caso, ninguna de estas posiciones es completamente errada, y se ha evitado discutir con extensión este problema aquí, ya que es probablemente el aspecto más complejo del falso testimonio: la determinación de su contenido para ser injusto relevante. Ello se verá con algo más de detalle más adelante, al tratar sobre el tipo en particular.

²²² Por ejemplo, **Roxin**, *Op.Cit.* N° 2, página 328.

a.2 Acción típica

La descripción de la acción típica cambió completamente su redacción con la reforma del 2005, que se hizo efectiva mediante la dictación de la ley 20.074. Mientras antes se definía como “dar falso testimonio”, la redacción actual define la acción como “faltar a la verdad en su declaración, peritaje o traducción”. Pese a que la redacción parece ser más precisa, y ya no es una mera reiteración de la denominación del tipo, la utilización directa de la expresión “verdad” puede ser conflictiva. Es difícil encontrar una expresión cuyo contenido teórico sea más conflictivo que “verdad”, y por ello puede parecer una técnica inadecuada. Sin embargo ya la doctrina, antes de la reforma, hacía constantemente referencia a la idea de verdad.²²³ Además, la referencia a la verdad y no a los estados mentales del testigo permite evitar un problema de imputación aún más grande que el de la determinación del significado normativo de la acepción verdad. Si la acción se definiera como comunicar algo distinto a lo que se percibió o a lo que se cree haber percibido, la imputación dependería de comprobación de estados mentales, lo que es aún más inverosímil.

La referencia a la idea de verdad no debe entenderse, sin embargo, en términos epistemológicos consistentes, sino simplemente como una imputación a la no representación de una realidad que por alguna razón era tan evidente, que el sujeto no puede no haber percibido sin dolo eventual. Aún así, la imputación es sumamente compleja, y se suma a la complejidad de la determinación del injusto material de la acción.²²⁴

²²³ Por ejemplo así **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. N° 98, página 247, que hablan expresamente de “faltando a la verdad”; **Etcheberry**, Op. Cit. N° 156, página 190; **Garrido Montt**, Op. Cit. N° 103, página 111, que también dice expresamente “faltando a la verdad objetiva”.

²²⁴ Los criterios que ha entregado la doctrina chilena para la determinación del injusto, a su vez, son sumamente conflictivos. No sólo por remitirse a una verdad objetiva, idea inverosímil en un proceso judicial, sino porque lo llevan incluso más lejos, reduciendo en algunos casos el contenido de injusto a niveles casi imperceptibles. Así en **Garrido Montt**, Op.Cit. N° 103, página 111, quien requiere discordancia con verdad objetiva, sólo en cuestiones relevantes, que no se refieran a la mera circunstancia de tener o no conocimiento de lo que se declara. En particular, este último criterio, reduce excesivamente el ámbito de punibilidad. Usualmente la mentira del testigo se refiere a declarar sobre cosas sobre las que no tiene conocimiento diciendo que tiene, no sobre cosas que conoce son falsas.

La consumación del falso testimonio coincide con el momento en que, en los distintos procedimientos, se perfecciona la declaración.²²⁵ La determinación del momento del principio de ejecución y de la consumación es sumamente relevante por la regulación especial del desistimiento de la tentativa del artículo 208. La doctrina suele considerar que el principio de ejecución coincide con el juramento.²²⁶ Pero el juramento no tiene un status tal que siempre, necesariamente, constituya al testimonio. Por ello, principio de ejecución hay cuando comienza la declaración, la emisión de información al Tribunal, y se han cumplido todos los requisitos para que ese inicio de la declaración sea considerado un “testimonio”. La consumación, en cambio, depende del perfeccionamiento no de la calidad del emisor, sino del mensaje emitido, es decir de la compleción del testimonio en sí. Nuevamente, el juramento o promesa es condición necesaria de lo primero, pero no es condición suficiente.

En el lapso que medie entre el cumplimiento de los requisitos para ser considerado testigo, y el perfeccionamiento del testimonio, que al menos coincide con el final de la emisión del mensaje, existe una forma especial de desistimiento de la tentativa que tiene relevancia. Conforme al artículo 208 del Código Penal, la retractación oportuna constituye una circunstancia atenuante calificada, en el peor de los casos, y en casos calificados exime de responsabilidad penal. Si se considera dogmáticamente que el desistimiento de la tentativa es una causal de exención de penalidad de la Parte General, el artículo 208 alteraría las reglas generales al imponer una regulación limitada del desistimiento de la tentativa que podría encontrarse en la Parte General. Es difícil advertir, sin embargo, la justificación político criminal de una limitación de esta clase.

Finalmente, no existen limitaciones especiales a la imputación subjetiva del falso testimonio en la redacción del tipo. La doctrina suele entender que se limita a dolo directo, porque consideran que ello deriva de sus “características propias”. De hecho,

²²⁵ Con mayor detalle, **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. N° 98, páginas 254 y 255; **Etcheberry**, Op.Cit N° 156, página 191.

²²⁶ **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Ibíd.; **Matus, Politoff y Ramírez**, Op.Cit. N° 94, página 220.

se llega a afirmar que unánimemente se exige dolo directo.²²⁷ Pero ello resultaría en una prueba imposible. Exigir dolo directo en la interpretación “subjetiva” de la doctrina implica exigir la prueba de una discordancia de estados mentales que no es comprobable. Por lo mismo, no es conveniente reducir expresamente a dolo directo en un proyecto legislativo la imputabilidad del falso testimonio. La mejor reconstrucción de la acción del falso testimonio exige que el estándar básico de imputación sea el dolo eventual.

La penalidad del falso testimonio fue drásticamente modificada con la ley 20.074. Anteriormente, en ciertas circunstancias, la penalidad podía depender de la pena del delito que se imputaba a la persona contra la que se declaraba, a la manera que del antiguo derecho hebreo. La pretensión de racionalización de la penalidad en relación con el daño que se causa al bien jurídico, y la identificación de un bien jurídico colectivo, hacen absolutamente obsoleta e irracional esa forma de asignación de penalidad. Actualmente, la penalidad es parcialmente independiente de lo que se declara, siendo ligeramente superior la pena cuando se declara contra el imputado en causa criminal por crimen o por simple delito. Eso es consistente con la identificación de intereses individuales auxiliares que pueden ser lesionados mediante el falso testimonio.

b. Presentación de testigos y pruebas falsas

El artículo 207 del Código Penal tipifica la presentación de pruebas que se saben falsas. Se trata de una modificación del antiguo artículo 212. Tras la reforma de la ley 20.074, la estructura del tipo es análoga a la estructura del falso testimonio. La única diferencia importante radica, obviamente, en la acción. Ésta se describe como presentar testigos, peritos o intérpretes del artículo 206, u otros medios de pruebas falsificados o adulterados.

²²⁷ Así en **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 253-254. Ver también **Garrido Montt**, *Op. Cit.* N° 103, página 113; **Matus, Politoff y Ramírez**, *Ibíd.* página 220.

En el primer caso, la punibilidad depende de un proceso criminal anterior o simultáneo en que se establezca la responsabilidad del testigo, perito, o intérprete como autores de falso testimonio. El sujeto que los presenta debe saber que van a cometer el delito que se les imputa, y por la posición contextual del “a sabiendas” existe una reducción a dolo directo. Esta primera hipótesis de la presentación de pruebas falsas constituye una especie de tipo accesorio, ya que la punibilidad depende de la punibilidad del falso testimonio. Por eso, podría ser sensato tratarlo directamente con reglas especiales de autoría y participación.

La parte residual de la acción, parece referirse a pruebas documentales. Se trata de la presentación de documentos, en sentido amplio, que se sepa han sido falsificados o adulterados. Por lo mismo, presenta los mismos problemas que solía presentar el artículo 212 en sus relaciones con otros tipos relacionados con falsedades, en particular con las formas de uso malicioso de instrumento falsificado.²²⁸ Es evidente que se trata de dos tipos que se encuentran necesariamente en concurso. Por ello, se trata de un concurso aparente. Si no es aplicable el artículo 207 entonces debe considerarse que no es punible conforme al artículo 196.

c. La denuncia o acusación calumniosa

Un último tipo relevante de esta sección que se suele incluir en la categoría por la doctrina es la acusación o denuncia calumniosa. Pese a tener una importancia práctica relativamente marginal, es probablemente del tipo que más tratamiento ha tenido en los delitos contra la Administración de Justicia. En este trabajo, por sus limitaciones propias y por la extensión que requiere un estudio sobre el tema, no se tratará el tipo en profundidad, ni en lo relativo a su tipificación actual ni en lo relativo a su inclusión en el Anteproyecto de Código Penal.

²²⁸ Al respecto, Cfr. **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 262-263.

3. La obstrucción a la justicia, y otros tipos relacionados con la categoría

a. Generalidades

La figura de la obstrucción a la justicia tiene una existencia reciente en la legislación penal chilena. Fue introducida por la ley 19.077 de 1991, que agregó una única figura en el artículo 269 bis. La ley 19.806 de 2002 adaptó estas figuras a la Reforma Procesal Penal, e introdujo el artículo 269 ter relativo específicamente a los deberes de los fiscales del Ministerio Público. La ley 20.074 de 2005 pretendió explícitamente continuar en su intento de adaptación al nuevo proceso penal. Pero las modificaciones introducidas en ésta, a diferencia de la ley 19.806, fueron mucho más fuertes que una mera adaptación, cambiando toda la estructura del tipo.

En su pretensión original, la obstrucción a la justicia parecía ser una forma de tipificación relativa a normas de comportamiento que establecían obligaciones generales de solidaridad con la Administración de Justicia en un contexto no directamente procesal, aunque enmarcadas en el contexto de la investigación penal. Las conductas tipificadas decían relación con omisiones lesivas: rehusar proporcionar antecedentes que se posean y sean relevantes en la investigación penal, o acciones lesivas, particularmente relacionadas con la destrucción u ocultamiento de pruebas. En el derecho comparado, como se verá más adelante, existen figuras similares. La tipificación en Chile, sin embargo, creaba varios problemas de imputación, particularmente en sus relaciones con el encubrimiento como forma de participación, pero la pretensión de la reforma de la ley 20.074 no fue mejorar la técnica de redacción ni, lo que sería lo sensato, eliminar el encubrimiento como figura de la Parte General, sino que cambió por completo el núcleo de injusto.

Actualmente, la acción sólo es activa y se refiere a aportar antecedentes falsos que lleven al Ministerio Público a dilapidar recursos haciendo diligencias inútiles u omitiendo diligencias útiles. Con ello, se pasó a un tipo en que la afección al objeto de protección es puramente económica. En algún sentido, esto asume parte de la lógica

del funcionamiento que se pretendió dar al Ministerio Público en la reforma procesal penal, asumiendo una orientación abiertamente estadística y centrada en una utilización determinada de los recursos disponibles. Las nuevas figuras de obstrucción a la justicia atacan esta utilización de recursos escasos de persecución penal, consumiendo recursos de investigación de forma deliberadamente inútil. Con ello, la naturaleza de las obligaciones de solidaridad general en la investigación cambió desde una obligación solidaria activa -la necesidad de colaborar activamente con la comunidad en la superación del injusto por el derecho-, a una obligación pasiva y económica cuyo objeto es ahora sólo directamente ayudar en el manejo de la eficiencia de los recursos de la persecución penal.

Ello, sin duda, resuelve todos los problemas en sus relaciones con el encubrimiento. Pero precisamente no soluciona los problemas que crea éste como forma especial de participación, en condiciones que su contenido de injusto no se relaciona con la acción principal que se imputa, sino que tiene un disvalor independiente.

La reforma también tiene valor al restringir los deberes generales de solidaridad con la Administración de Justicia a deberes de abstención.²²⁹ Pese a que, desde el punto de vista del comportamiento, exigir solidaridad con la realización del derecho parece sensato, desde el punto de vista de la norma de sanción ello es mucho más conflictivo. La forma natural de exigir esa obligación es mediante la coacción directa a ello, y por eso es conflictivo con la parte del principio de proporcionalidad que evalúa la norma de sanción.

La segunda forma de obstrucción a la justicia se refiere a deberes especiales de los fiscales del Ministerio Pública. Por ello, ambas formas de obstrucción a la justicia del Código Penal no tienen similitudes más que aparentes. Aquí se trata derechamente de un delito de infracción de deber institucional, y por lo mismo su ubicación correspondía antes a un delito contra la Administración Pública que a una sección que se caracterizaba por tener un tipo que no reforzaba deberes de competencia institucional.

²²⁹ Ya antes de la reforma, parte de la doctrina consideraba que debía ser así. Cfr., por ejemplo, **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 265.

b. La obstrucción a la justicia general

La primera forma de obstrucción a la justicia, contenida en el artículo 269 bis, puede ser denominada obstrucción a la justicia general, ya que no contiene limitaciones al sujeto activo. Antes de la reforma, el delito se limitaba a particulares. Actualmente esa limitación fue eliminada. El tipo pasó a redactarse con un sujeto activo completamente indeterminado, al tener el encabezado “el que”.

La acción consiste en obstaculizar el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables. Se trata, por lo tanto, de un delito de resultado. El tipo exige que se obstaculice la investigación, por lo que evidentemente tiene como presupuesto la existencia de una investigación criminal. El resultado lesivo se encuentra especificado en la última parte de la descripción de la acción. El Ministerio Público debe, de hecho y sin que pueda presumirse, realizar diligencias inútiles u omitir diligencias útiles a causa de la acción del imputado por obstrucción a la justicia. No se trata de un tipo mutilado de dos actos, ya que o bien la obstaculización se expresa directamente y únicamente por este medio, con lo que es un simple delito de resultado, o bien se expresa como un segundo resultado exigido, con lo que funciona como un delito cortado de resultado.

El tipo tiene medios comisivos restringidos. La forma en que debe realizarse la obstaculización es “aportando antecedentes falsos”. Nuevamente aquí entran a jugar, indirectamente, las falsedades. No se trata, por cierto, de falsedades como delitos, ya que éstas suelen requerir de procesos judiciales y de solemnidades que no pueden presentarse en etapa de investigación, y el lugar natural de comisión es la fase de investigación ante el Ministerio Público. Pero siguen siendo relevantes los criterios de determinación de falsedades.

En la determinación del contenido de falsedad, el tipo funciona de forma análoga al artículo 207 del Código Penal. Se deben utilizar prácticamente los mismos criterios que se utilizan al respecto.

La penalidad tiene dos factores que la pueden agravar. La primera, se da cuando a causa de la obstrucción se solicitan medidas lesivas en el proceso penal. Aquí nuevamente juegan las lesiones auxiliares de intereses individuales como criterio determinante de la penalidad. La segunda forma en que se agrava, es cuando un abogado es quien presenta los antecedentes. En este caso a la sanción principal se le agrega una sanción de suspensión temporal.

El tipo tiene causales de exención de responsabilidad penal difícilmente justificables en la regulación actual. No serían sujetos activos posibles de este delito las personas con relaciones directas con el imputado, en los términos de los artículos 17 del Código Penal y 302 del Código Procesal Penal. Anteriormente, cuando el tipo incluía obligaciones activas y cuando las obligaciones de abstención no afectaban sólo la carga económica del Ministerio Público, una exención de ese tipo no sólo era político criminalmente comprensible, sino que además era una sustancialmente necesaria y correcta. Actualmente, la penalidad se refiere directamente a la determinación de la pérdida de recursos, por lo que no parece justificable la limitación del artículo 269 bis. Los artículos 17 del Código Penal y 302 del Código Procesal Penal levantan obligaciones de acción de personas cercanas al imputado que puedan llevarlo a ser inculcado. Su justificación es evidente. Pero levantar además obligaciones mínimas de abstención, puede ser perjudicial. Aquí ya no se trata sólo de la no exigibilidad de la entrega de antecedentes para inculpar a un cercano, sino derechamente de no ser exigible el abstenerse de entorpecer directamente al Ministerio Público. Intuitivamente ello no sólo parece incorrecto, sino que además puede llevar a limitar el derecho de las defensas. Si en los hechos en Ministerio Público sabe que la defensa y sus familiares suelen solicitar diligencias sin sentido para entorpecer, entonces van a tender a ignorar las solicitudes de la defensa. Y eso es completamente indeseable.

Por cierto, podría decirse que de no existir estas exenciones podrían presentarse situaciones de imputación excesivas. Pero ello podría evitarse con criterios sensatos y correctos de imputación, antes que con limitaciones excesivas como ésta.

Finalmente, este tipo, al igual que el falso testimonio y la presentación de pruebas falsas, y precisamente porque comparte una estructura común, contiene un tratamiento especial del desistimiento de la tentativa. La regulación es un poco más precisa en la determinación de la oportunidad del desistimiento, pero ahora sí la limita por completo en su posibilidad de influir sobre la punibilidad. Aquí sólo disminuye la penalidad. La razón de la diferencia radica precisamente en su tratamiento puramente económico actual. Sigue siendo desvalorado el mero hecho de distraer, aunque no cause perjuicio directo.

c. La obstrucción a la justicia de los fiscales del Ministerio Público

La regulación de esta forma de obstrucción a la justicia ha mantenido deberes más fuertes, como es natural, en los fiscales del Ministerio Público. La acción consiste en alterar, ocultar o destruir antecedentes relevantes para la investigación, sea en relación con el esclarecimiento de los hechos, con la determinación de la punibilidad, o incluso con la determinación de la penalidad.

Pese a todo, los deberes siguen siendo puramente de abstinencia. Esto no necesariamente es positivo. Lo que se justifica respecto del establecimiento de obligaciones de particulares, enmarcadas bajo libertad general de acción, no se justifica, en cambio, en personas con deberes institucionales. Aquí la lesión se manifiesta, al igual que en los jueces, primariamente al dejar de producir un bien. Por eso, parte de la doctrina sigue buscando parte del respaldo de las normas de sanción a normas de comportamiento de fiscales en la aplicación del artículo 227, por ejemplo, al artículo 224 N^o 3.²³⁰ Sería mucho más sensato, desde un punto de vista legislativo, concentrar los delitos de fiscales como propios, y no recurrir a delitos de jueces que debieran tener una estructura distinta.

Desde el punto de vista de la imputación, el tipo presenta limitaciones en la imputación subjetiva, reducida a dolo directo, y la exigencia de una conexión de utilidad entre el material que se destruya, altera u oculta y la posibilidad del éxito de la investigación.

²³⁰ Así **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 214.

La pena tiene como particularidad el que el castigo accesorio, la inhabilitación para ejercer como fiscal, es perpetuo. Además, es particularmente indeterminado el grado de la pena privativa de libertad, ya que sólo señala que debe ser presidio menor, pero deja a discreción del juez la determinación del grado.

4. Otros tipos relevantes

a. Evasiones

En el derecho comparado, particularmente en el Código Penal Francés, se considera a veces a las evasiones de presos como una forma de delitos contra la Administración de Justicia. Pese a que alguna construcción indirecta que demuestre que la irrogación del mal es condición necesaria de la función expresiva o preventiva de la pena podría justificar la consideración de la evasión como un delito contra la Administración de Justicia en la concepción aquí expuesta, esa construcción sería demasiado abstracta y demasiado indirecta para ser aceptada. La participación de funcionarios o particulares en la evasión de presos es claramente una forma de delito contra la autoridad.

En el derecho chileno las evasiones se incluyen en la sección 12 del Título VI del Código Penal. Todos son delitos que castigan a quien favorece, dolosa o culposamente en el caso de funcionarios encargados de la custodia, la evasión del preso. Ya no se incluyen delitos penales para quien se fuga.

b. Otros

En el sistema actual, sobre todo por sus relaciones concursales, otros tipos de funcionarios públicos o de particulares tienen relevancia en el estudio de los delitos contra la Administración de Justicia. Ya se vio el caso del uso malicioso de instrumento público. Las formas generales de desobediencia de funcionarios públicos, el desacato, otros tipos que se relacionan con desobediencias de particulares a autoridades, la denegación de auxilio, el cohecho, generan problemas de resonancias con cambio

casi exclusivo de sujeto activo, casi siempre en ambos casos especiales, que generan problemas serios de concursos, sobre todo por la extensión excesiva de la punibilidad de ciertas acciones.

Otros tipos que afectan la Administración de Justicia, pero que están establecidos fuera del Código Penal, son los tipos que se relacionan con el incumplimiento del deber de denunciar de ciertas personas. Aquí, sin embargo, la norma de comportamiento se desprende de obligaciones específicas de cargos institucionales externos a la Administración de Justicia. Pese a que la justificación de la norma de sanción tiene alguna relación con la Administración de Justicia, no es este el deber que se infringe.²³¹

5. El encubrimiento

Uno de los temas esenciales que requiere modificación en la legislación penal chilena vigente es el tratamiento del encubrimiento. En el derecho comparado es casi unánime considerar al encubrimiento como una forma de delito autónomo. Esto se explica porque evidentemente hay una diferencia esencial entre el disvalor de injusto del encubrimiento y el de la acción a la que accede, y porque en delitos lesivos no se puede lesionar un bien jurídico tras su lesión sin cometer otro delito, sea cual sea la solución al concurso que se forma. Por ello, tras la lesión del primer bien jurídico, las acciones que tengan conexión funcional con la primera lesión no necesariamente van a tener conexión funcional con el primer bien jurídico. Piénsese en un caso de homicidio. La lesión a la vida, como eliminación de una forma específica de organización de la materia, no se puede producir nuevamente sin que se mate a otra persona. La acción encubridora, por lo tanto, no puede ser accesoria a la acción homicida. Podría decirse que la falta de solidaridad se manifiesta como falta de solidaridad frente a la vida, por obstruir la protección ex post de ese bien jurídico. Pero

²³¹ La doctrina suele sostener lo contrario, pero eso es precisamente porque no tienen un objeto de referencia claro, ni practican distinciones entre norma de comportamiento y sanción. Al ser el Bien Jurídico lo que determina la categoría, y ser éste determinado en el nivel de la norma de comportamiento, de ésta depende la clasificación. Para la postura contraria, Cfr. **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Ibíd.* página 282, que lo justifican diciendo que la noticia criminis es un presupuesto de la Administración de Justicia. Ello no explica, para nada, la posición de ciertos extraños a la Administración con deberes al respecto, ni la exclusión de todos los otros de esta obligación.

ese argumento que pretende salvar esa deficiencia, demuestra precisamente que lo que se busca es proteger la posibilidad de aseguramiento de expectativas defraudadas, y no de modo indirecto el bien jurídico anteriormente lesionado.

Por ello se ha preferido progresivamente tipificar a éste como un delito contra la Administración de Justicia, con un contenido autónomo, y que se justifica en la infracción de deberes generales de solidaridad con la Administración de Justicia.

Al no estar regulado como delito autónomo, no tiene interés revisar aquí su regulación específica. En su momento se revisará un tratamiento adecuado del favorecimiento posterior a la comisión del delito.

C. Legislación relevante

En el tratamiento de los delitos contra la Administración de Justicia en Chile, es importante tener en cuenta que la imputación de ciertos delitos contra la Administración de Justicia da lugar a efectos que exceden la aplicación de la pena.

Varios de los tipos que conforman la categoría tienen una influencia trascendental en el sistema como causales de la acción de revisión. Por sus implicancias generales en la configuración del sistema jurídico, la acción de revisión tiene un interés particularmente importante, sobre todo cuando se relaciona con esta categoría de delitos. La imputación de algunos de los delitos contra la Administración de Justicia permite desconocer el efecto de cosa juzgada y producir, eventualmente, un nuevo juicio. Con ello, el segundo juicio sobre un primer juicio que se produce normalmente en los delitos contra la Administración de Justicia no es sólo un juicio con pretensiones penales sobre un juicio anterior, sino que derechamente la acción de revisión lo transforma en un juicio sobre un juicio con pretensión directa de reproducir el juicio anterior que fue resuelto con efecto de cosa juzgada, para desconocer sus efectos. Este efecto tiene como consecuencia que una categoría menor del Derecho Penal – delitos contra la Administración de Justicia considerados generalmente como una categoría penal *négligeable* - cobra una relevancia central en el ordenamiento jurídico en general, porque tiende a desconocer el efecto central del sistema.

Por otro lado la imputación penal de delitos de jueces tiene ciertas características procesales propias, que también son importantes de tener en cuenta. En la configuración del sistema de responsabilidad de los jueces en el derecho chileno, la querrela de capítulos es un presupuesto cuyo objeto es evitar presiones, dilaciones, y en general la utilización de denuncias o querellas penales como instrumento para limitar la imparcialidad o independencia de los jueces. Es por ello que en delitos cuyo sujeto activo casi exclusivo es el juez – como los delitos de prevaricación - la querrela de capítulos tiene un rol central.

1. La querrela de capítulos y las reglas especiales de responsabilidad de los jueces

La querrela de capítulos constituye un trámite previo a la realización de un proceso penal formalizado contra un juez, fiscal o fiscal judicial. Esta es una de las limitaciones a la responsabilidad civil y penal de los jueces que contienen los artículos 324 a 331 del Código Orgánico de Tribunales, y genéricamente en el artículo 13 de este Código.

La doctrina tradicional suele entender esta institución de forma más bien ilegítima. Se dice, por ejemplo, que la querrela de capítulos pretende velar por “el prestigio de la función o poder judicial”.²³² Por la forma de la presentación de la función de la querrela de capítulos, la doctrina suele inmediatamente cuestionar su legitimidad. Pero su función correctamente entendida no es dar protección al poder, sino que pretende, en principio, evitar la utilización de la acción penal contra quienes precisamente ejercen la pretensión punitiva del Estado. El instrumento de mayor violencia del Estado se protege contra su propia violencia de forma de controlarse. La forma en que se pretende otorgar esta protección es, en primer lugar, exigiendo la realización de un juicio de admisibilidad y, en segundo lugar, alterando los plazos para evitar dilaciones en el proceso. Ello implica que la protección es de dos clases. La primera forma de protección, que es la que usualmente se destaca cuando se estudia la querrela de

²³² Bello Landrove, F., citado por **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, Op.Cit. N° 98, página 193.

capítulos, funciona simplemente como un procedimiento previo de características propias. Correctamente entendida y utilizada, puede ser un instrumento valioso.

Pero la segunda forma de protección, la alteración de los tiempos posibles del proceso penal, es la que tiene mayor interés desde el punto de vista de la alteración de las reglas generales que produce. Los artículos 425, 426 y 428 del Código Procesal Penal alteran los tiempos posibles de aplicación de medidas cautelares en la etapa de investigación cuando se trata de jueces, y alteran los tiempos que se siguen tras el cierre de la investigación. Ello supone, además, una alteración de los tiempos que pueden mediar entre la aplicación de medidas cautelares y el cierre de la investigación.

Esta protección privilegiada del juez y los fiscales frente al tiempo de prisión preventiva, es difícil de justificar en relación en la protección que requiere el ejercicio de la violencia frente a su propia violencia. Es cierto que la aplicación no controlada de la prisión preventiva podría ser una forma de presión a jueces y fiscales. Pero la diferencia frente al control de la pretensión punitiva en sí, es que la prisión preventiva admite control ex post. Por ello resulta difícil de explicar, aun menos de justificar, la alteración de los tiempos del proceso penal en el caso de jueces y fiscales gatillada por la prisión preventiva, frente a la no alteración de esa clase en el caso de particulares. Eso sí parece un privilegio antes que una protección, y por lo tanto resulta ilegítima.

2. La acción de revisión

a. El conflicto de la acción de revisión

La acción de revisión constituye la excepción más fuerte, en nuestro ordenamiento jurídico, a la cosa juzgada. La acción de revisión permite, tanto en materia civil como en materia penal, obtener modificaciones a una sentencia que se encuentra revestida de efecto de cosa juzgada, porque el propio ordenamiento jurídico declara inaceptable en circunstancias particulares la subordinación de la corrección de la resolución a la certeza jurídica. Es decir, las causales de revisión son causales de inversión en la

valoración de las relaciones entre certeza y corrección. Por cierto, no toda la doctrina procesal lo entiende así. Es usual considerar que la cosa juzgada obtenida en un proceso susceptible de ser revisado no es una verdadera cosa juzgada, sino una “cosa juzgada fraudulenta”. Se pretende de esa forma declarar y mantener la incondicionalidad de la cosa juzgada. El problema de esa comprensión, es que la cosa juzgada pasaría a ser siempre sospechosa de ser aparente y no real, al no depender exclusivamente de tiempos procedimentales, con lo que terminaría debilitándose.

Si se entiende, en cambio, a la acción de revisión como una excepción a la cosa juzgada, al menos se asume el problema que se encuentra detrás de la acción de revisión. Por cierto, la cosa juzgada es igualmente precaria si se considera que la acción de revisión es una excepción a ésta que si se considera que manifiesta la inexistencia de cosa juzgada. Pero al menos no implica que sea necesario revisar el mérito de cada proceso para verificar cosa juzgada, sino que basta simplemente con verificar requisitos procesales y temporales mínimos. La acción de revisión es simplemente la manifestación del rechazo del ordenamiento jurídico a hacer completamente incondicional la cosa juzgada. Y las causales de la acción de revisión son argumentos normativos necesarios y suficientes para revertir la valoración provisoria de incondicionalidad de la certeza jurídica. La interpretación de las causales, por lo tanto, depende de asumir este conflicto entre la incondicionalidad de la certeza jurídica y la excesiva incorrección de una sentencia.

Sin embargo, este conflicto no se manifiesta en un nivel puramente abstracto como conflicto entre la seguridad general del sistema y la corrección general de sus resultados. Las diferencias en el tratamiento de la acción de revisión penal y la acción de revisión civil, demuestran que el conflicto asume un tercer partícipe cuando además vulnera derechos fundamentales individuales. En particular, la acción de revisión flexibiliza y amplía las razones suficientes para revertir la cosa juzgada.

Por ello, la interpretación de las causales de la acción de revisión en materia civil y en materia penal tiene que ser distinta.

b. Acción de revisión y delitos contra la Administración de Justicia

Los delitos contra la Administración de Justicia pueden tener importancia por su efecto reflejo como causales de la acción de revisión. Es decir, algunos delitos de la Administración de Justicia son manifestaciones del rechazo que tiene el ordenamiento jurídico a aceptar la incondicionalidad de la cosa juzgada, y por lo mismo su imputación penal habilita a invocar causales suficientes que permiten revertir la incondicionalidad provisoria de la cosa juzgada.

La determinación de los tipos relevantes para el ejercicio de la acción de revisión es conflictiva tanto en materia penal como en materia civil. En ambos casos, es importante distinguir entre causales directamente relacionadas con la imputación de delitos contra la Administración de Justicia, y causalmente indirectamente relacionados con esta imputación. En el primer caso, la imputación misma es la causal, usualmente unida a algún otro requisito. En el segundo caso, la imputación penal puede ser un argumento relevante para demostrar que se ha cumplido la causal, pero no es ella misma la causal.

En materia civil, el falso testimonio es una causal directa de la acción de revisión conforme lo dispone el artículo 810 número 2 del Código de Procedimiento Civil, bajo condición de que se trate de la única prueba que justifica la resolución que causa perjuicio a quien invoca la acción de revisión. Lo mismo sucede respecto de la falsedad documental, ya que en ese caso la presentación de documentos falsos es la causal de la acción de revisión.

El artículo 810 número 3, en cambio, expresa la posible relevancia de algunos de estos tipos en términos muy generales. Las causales que califican la injusticia de la resolución para efectos del ejercicio de la acción de revisión son el “cohecho, violencia, u otra maquinación fraudulenta”, y todas requieren haber sido calificadas como tales en una sentencia de término anterior. Es decir, entre el juicio de revisión y el juicio revisado tiene que mediar otro juicio: un juicio de calificación de cohecho, violencia, u otra maquinación fraudulenta.

Ese juicio de calificación, respecto del cohecho, se ve evidentemente satisfecho con la segunda forma de prevaricación del artículo 223. Ello no quiere decir que el cohecho del juicio se reduzca a esta figura. El cohecho de otro funcionario puede ser relevante, si influye sustancialmente sobre la resolución.

El ejercicio de violencia sobre el juez, entendido como coacción, es ajeno al tema de este estudio. Pero por la existencia de criterios consistentes, en otras áreas, de determinación del injusto de coacción, ese trabajo cuenta con medios suficientes para llevarse a cabo.

Lo complejo es la determinación de la expresión abierta “u otra maquinación fraudulenta” en relación con las formas de prevaricación de los jueces. Por la importancia que reviste la acción de revisión, como excepción a la cosa juzgada material, para que algún tipo de delito de prevaricación provoque efecto reflejo de revisión, debe exigirse al menos, en primer lugar, una conexión funcional con el perjuicio, en segundo lugar un disvalor de injusto fuerte, y evidentemente que la prevaricación no tenga su origen en quien alega la revisión. Son candidatos naturales a cumplir con estos requisitos todas las formas de prevaricación del artículo 223, y en casos particularmente fuertes algunas de las formas del artículo 224. En ningún caso, en cambio, podría tratarse de situaciones imprudentes del artículo 225, ya que sí es necesario resguardar la incondicionalidad de la cosa juzgada frente a negligencias de los jueces.

En el caso de la acción de revisión en materia penal, la redacción es ligeramente más precisa. Las causales que dan lugar a la revisión, son el cohecho y la prevaricación. Es posible entender que esto abarca al menos las dos primeras formas de prevaricación del artículo 223. Ese es el sentido mínimo de la expresión. Pero podría sostenerse que pretenden incluir todas las formas genéricas de prevaricación, esto es todos los tipos que pueden cometer los jueces en el ejercicio de sus funciones incluidos en la sección 4 del Título V del Libro II del Código Penal. Lo relevante es la influencia que tengan sobre la sentencia.

D. Conclusión

La falta de sistematización, entendida meramente como un caos geográfico, es sólo parcialmente la razón por la que no es posible reconocer una categoría vigente de delitos contra la Administración de Justicia en el Código Penal Chileno. La diversidad de tratamientos de elementos que formarían parte de la categoría es tan fuerte como la falta de sistematización geográfica. Con ello, más allá de intentar identificar en un alto nivel de abstracción objetos de protección similares, la categoría no puede formar ninguna unidad funcional. Por esto, se generan problemas importantes que se radican principalmente en el nivel de la norma de comportamiento:

(i) problemas concursales, que en este caso no son más que la expresión de dificultad de reconocer diversidad o unidad de obligaciones y, por lo tanto, de la falta de justificación del bien jurídico;

(ii) problemas de racionalidad político criminal a nivel prescriptivo, esto es, tipificación que no tiene una relación funcional con su objeto de protección, y por lo mismo que no entrega una justificación correcta de las prohibiciones que pretende construir;

(iii) problemas en la determinación de la autoría, que también constituyen un síntoma de dificultad de reconocimiento de las formas de afección de objetos de protección y, por lo mismo, son expresiones directas de la imposibilidad de construcción de normas de comportamiento reflexivas (aun cuando las normas de autoría y participación sean analíticamente cuestiones adscriptivas); y

(iv) problemas de imputación generales.

Por la existencia de problemas tan fuertes a nivel de norma de comportamiento, los problemas que pueden encontrarse a nivel de norma de sanción son irrelevantes frente al caos inicial. En ese sentido, centrar un proyecto de reforma en la pura crítica y pretendida corrección de los problemas de pura imputación lleva a un proceso estéril.

Para llevar a cabo un trabajo correcto, un proyecto de codificación debiera hacerse cargo primariamente de los problemas que pueden reconocerse a nivel de norma de comportamiento. Si se pretendiera mantener una tradición inexistente en lo relativo al objeto de protección, y simplemente solucionar problemas de imputación y de penalidad, el trabajo no tendría sentido. Un proyecto de codificación debiera trabajar primariamente en poder identificar correctamente objetos de protección idóneos; en construir y ordenar clases de formas de afección que sea exigible prohibir, o mandar; y sólo finalmente configurar tipos cuya norma de sanción tenga una relación funcional con las normas de comportamiento correctamente constituidas y ordenadas.

Sin embargo, la inexistencia de la categoría delitos contra la Administración de Justicia, y la tipificación incorrecta de las figuras que, teóricamente, incluiría, no es completamente negativa en el contexto de un proyecto de codificación. Al ser el peso de la tradición sumamente débil, es posible y deseable **constituir y construir** directamente la categoría, y no meramente reformarla. El margen de libertad de la reforma es mucho mayor que, por ejemplo, en las categorías nucleares del derecho penal liberal.

En el próximo capítulo, se mostrará de qué forma se hace cargo el Anteproyecto de estas cuestiones al constituir esta nueva categoría. Todavía no se trata de confrontarlo directamente con todos los tests de idoneidad que puedan identificarse. Se trata de mostrar como podría funcionar, en su mejor versión preliminar posible, la categoría de delitos contra la Administración de Justicia del Anteproyecto de Código Penal.

CAPÍTULO III. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL, ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL CAMBIO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

A. Introducción

El Título XII del Libro Segundo del Anteproyecto de Código Penal trata específicamente de la categoría “Delitos contra la Administración de Justicia”.²³³ Con ello, el Anteproyecto parece asumir la existencia de un objeto de protección específico en la Administración de Justicia, y parece asimismo intentar ordenar de forma correcta las normas de comportamiento en esta categoría. Un proyecto que logre llevar a cabo una labor de ese tipo, debe considerarse un proyecto exitoso, y sólo requeriría de discusiones y modificaciones específicas en torno a la inclusión o exclusión de ciertas obligaciones, en torno a problemas particulares de imputación, y evidentemente en torno a cuestiones relativas a la penalidad. En cambio, un proyecto que no logre determinar de forma correcta las clases de obligaciones que se derivan de la necesidad de protección de un determinado bien, y cuyo tratamiento en este punto sea defectuoso, no sólo va a encontrarse con una imposibilidad de justificación abstracta, sino que necesariamente los problemas prácticos de imputación y de penalidad van a ser mucho mayores.

Para efectos de poder analizar el grado de éxito que tiene en este punto central el Anteproyecto de Código Penal, en este capítulo se analizará en primer lugar su estructura y sistematización, para intentar verificar posteriormente si en abstracto la ordenación de las clases de comportamientos prohibidos o mandados tienen justificación, y sobre todo si todas son reconducibles a un mismo objeto de protección.

Posteriormente se analizarán algunos tipos en este capítulo, sin pretensiones críticas mayores, sino que únicamente con el fin de resaltar los problemas de imputación que

²³³ Se incluye como Anexo de este trabajo una transcripción completa del Título XII del Libro Segundo del Anteproyecto, el que se recomienda tener a la vista en lo sucesivo.

eventualmente puedan solucionar las propuestas de la Comisión Foro Penal respecto del derecho vigente.

Ambas cosas no serán hecho mediante un análisis exhaustivo de la sistematización ni de la redacción legislativa de estos tipos, lo que es una tarea del cuarto y quinto capítulo respectivamente, sino simplemente con el fin de entregar un panorama general de la propuesta del Anteproyecto. Una breve presentación de este tipo de la categoría delitos contra la Administración de Justicia en el Anteproyecto constituye un paso previo indispensable a la exposición correctamente fundamentada de su crítica, objeto central de este trabajo, la que comenzará a exponerse en el próximo capítulo.

B. Sistematización de los delitos contra la Administración de Justicia en el Código Penal

El Título XII del Libro Segundo del Anteproyecto de Código Penal comprende las disposiciones situadas entre el artículo 274 y el artículo 290 de éste, y se encuentra dividido en 6 secciones. Desde ya, el mero hecho de agrupar geográficamente la categoría puede considerarse, en principio, un avance frente al Código Penal. La total dispersión de tipos con objetos de protección similares que existe en el Código Penal, y la agrupación de tipos con objetos de protección distintos, hace que el trabajo de superación a ese respecto no tenga mayores complicaciones.²³⁴

La primera de estas secciones se denomina “De la prevaricación”. Con ello, el Anteproyecto le asigna, correctamente, un rol central en la categoría a la figura que representa con mayor fuerza la infracción de deberes que se deducen de este presupuesto de la libertad general de acción.²³⁵

²³⁴ Ello implica que el trabajo de crítica respecto de la sistematización, a diferencia de las cuestiones de redacción legislativa, no tiene un punto de comparación diacrónico relevante. La crítica se produce mucho más respecto de cuestiones abstractas, que en relación con la función del cambio.

²³⁵ La consideración de la prevaricación como el tipo más lesivo, arranca de varias consideraciones. En primer lugar, la prevaricación representa una lesión a la garantía de la posibilidad de estabilización correcta de expectativas. En segundo lugar, la prevaricación supone no sólo falta de estabilización correcta, sino que presenta una pretensión de estabilización incorrecta: declara derecho aquello que se

La segunda sección agrupa varios tipos que parecen tener una naturaleza distinta. El título mismo de la sección, “Del encubrimiento, la receptación, y el lavado de dinero” – una mera descripción de los tipos agrupados en vez de un título general que describa a sus componentes- ya apunta a esta falta de identidad. Más adelante se mostrarán los criterios que parecen haber llevado a esta agrupación, pero en cualquier caso es evidente que no fue una reflexión entorno a la naturaleza de las normas de comportamiento subyacentes.²³⁶

La tercera sección trata específicamente “De la obstrucción a la justicia”. Ya se ha visto que tanto en la historia legislativa del derecho nacional como en el derecho comparado, se suele conocer como “obstrucción a la justicia” cuestiones que tienen una naturaleza absolutamente diversa. Aquí, la forma de obstrucción a la justicia que se ha incorporado tiene algún parecido con la que actualmente existe en el derecho nacional, esto es, se compone de formas de actuación que directamente tienen por objeto impedir una investigación eficaz, pero es mucho más parecida a la que existía antes de la modificación introducida con la ley 20.074.

La cuarta sección, por su parte, se centra en “la imputación, denuncia y querrela calumniosa o falsa”. Más allá de la discusión respecto de si se trata de un delito cuyo objeto de protección primario es individual o colectivo, si se asume la segunda opción parece razonable incluirlo en una sección autónoma ya que la denuncia calumniosa tiene una identidad fuertemente determinada en la tradición. Sin perjuicio de ello, no se hará un análisis acabado de esta sección a lo largo de este trabajo, por ser excesivamente largo y merecer un trabajo autónomo por la especificidad del conflicto que se produce en su objeto de protección en estos tipos.

La quinta sección se refiere al falso testimonio y al perjurio. Se trata de otros tipos cuya identidad se encuentra determinada de forma particularmente fuerte, y en la cual

sabe no es. Asimismo tiene componentes que afectan el funcionamiento institucional, tanto en relación con la competencia como con la cosa juzgada.

²³⁶ Respecto de los distintos tipos de obligaciones envueltos, ver *Infra*. páginas 147 y 148, y 167 y siguientes.

los deberes contenidos en la norma de comportamiento tienen particularidades que efectivamente hacen razonable mantenerla como autónoma, pese a tener parecidos estructurales con la denuncia, imputación o querrela calumniosa.

Finalmente, la sexta sección trata “De la prevaricación del abogado”. La definición de la naturaleza del deber envuelto depende de la consideración de la naturaleza de la función del abogado, y también de la forma que adopte la norma de comportamiento en la tipificación en cuestión. Si se asume que la abogacía tiene particularidades públicas, lo que pese a no ser verosímil con la práctica es consistente con la regulación del Código Orgánico de Tribunales²³⁷, entonces constituye una categoría con infracción de deberes institucionales específicos, en algún sentido asimilable a otros deberes de funcionarios. Pero esto es contingente también a la tipificación específica, ya que si la lesión se produce exclusivamente en el patrocinado o cliente sin afección al proceso, no tiene sentido considerarlo un delito contra la Administración de Justicia.

1. Justificación racional de la sistematización del Anteproyecto

Entre los materiales disponibles relacionados con la justificación de las propuestas de la Secretaría Técnica de la Comisión Foro Penal, y de la aprobación de un texto definitivo por el Foro, sólo pueden encontrarse algunas ideas vagas relativas a la justificación de la propuesta de la Secretaría Técnica en materia de delitos contra la Administración de Justicia.²³⁸ Por ello, realizar una interpretación racional de la forma de sistematización por la que optaron es complejo, y además, desde que no existe ningún elemento al respecto, es una labor casi puramente constructiva.

a. La decisión de enviar los tipos que resulten de deberes institucionales a la categoría de delitos contra la Administración Pública

²³⁷ Cfr. Supra. páginas 113 y 114.

²³⁸ Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, en Polít. Crim. N°1, D3, p. 250 y siguientes. [www.politicacriminal.cl]. Respecto de la explicación del método de trabajo, *Ibíd.* página 1.

Pese a que la concentración de delitos de funcionarios en la sección 1 podría indicar que el criterio primario de clasificación utilizado para agruparlos fue seguir una distinción pura entre deberes institucionales, incluidos en esta sección, y deberes de solidaridad de particulares, incluidos en las otras, esa conclusión sería apresurada. La razón por la que prácticamente no se incluyen delitos comunes entre las secciones relacionadas con deberes institucionales, y tampoco se incluyen delitos especiales propios entre las secciones relacionadas con deberes generales, es que se redujo la categoría delitos contra la Administración de Justicia a una categoría casi exclusivamente centrada en deberes generales. El Anteproyecto opera con un desplazamiento masivo de los delitos de deberes institucionales que podrían formar parte de la categoría delitos contra la Administración de Justicia hacia la categoría de delitos contra la Administración Pública. Este desplazamiento lo reconocen explícitamente la Comisión Foro Penal y su Secretaría Técnica. Así lo hacen al señalar que:

“[se] ha procurado simplificar el sistema recurriendo a fórmulas menos formales y más comprensivas, constreñidas por lo demás a la idea central de prevaricación propiamente tal (...). Esto se ha hecho, en parte, confiando en las reglas generales aplicables a todos los funcionarios públicos (...).”²³⁹

Este desplazamiento le permite evitar al Anteproyecto prácticamente todos los problemas concursales que podían encontrarse en el Código Penal en las relaciones entre delitos funcionarios genéricos y delitos funcionarios de jueces, lo que es un problema serio en el Código Penal y es un problema central de los delitos de jueces en los delitos contra la Administración de Justicia. Esta es la principal ventaja que ofrece el sistema del Anteproyecto en lo que dice relación con los delitos en infracción a deberes institucionales. Es cierto que, al mismo tiempo, esa decisión debilita la distinción entre delitos contra la Administración de Justicia y delitos contra la Administración Pública, al prácticamente eliminar la primera en lo relativo a deberes institucionales, pese a tratarse de una categoría que se refiere esencialmente a

²³⁹ *Ibíd.*

infracción de deberes institucionales, al punto de constituir el paradigma de una categoría de deberes institucionales.²⁴⁰ Pero pese a que efectivamente se produzca ese efecto de debilitamiento, se trata de la forma más sensata de tratar las relaciones concursales entre delitos contra la Administración Pública y delitos contra la Administración de Justicia cuando se distinguen ambos objetos de protección. Esta fue la decisión sistemática más relevante en la construcción de este Título.

b. Consideraciones generales sobre agrupación interna de las secciones

La agrupación interna de los tipos en las distintas secciones que componen el Título de delitos contra la Administración de Justicia no sigue un orden claro. Mientras existen algunos casos de agrupación más o menos evidentes, siendo los casos más evidentes la agrupación de la prevaricación, del falso testimonio, y la agrupación de la denuncia o querrela calumniosa, existen algunas secciones cuya agrupación interna, o falta de agrupación con tipos de otras secciones, es conflictiva.

En particular, la sección 2 contiene una agrupación de tres tipos que derechamente afectan bienes jurídicos distintos: el encubrimiento, a priori un delito contra la Administración de Justicia, la receptación, a priori un delito contra la propiedad, y el lavado de dinero, cuyo objeto de protección es difuso. La justificación de esta agrupación, por parte de la Comisión Foro Penal, parece referirse parcialmente a la necesidad de solucionar ciertos problemas que creaba la desaparición de la antigua forma de participación constituida por el encubrimiento.²⁴¹ La Secretaría Técnica y la Comisión Foro Penal optaron por mantener una continuidad de situaciones que pueden imputarse bajo el antiguo encubrimiento. Esta continuidad la lograron agrupando una serie de delitos de la Parte Especial de forma que cubrieran algunos, o todos, los antiguos casos de participación por encubrimiento, lo que dio origen a esta sección. Lo que se pretende con esta agrupación, y en general con la tipificación de la

²⁴⁰ De hecho, esa es la razón por la que Jakobs la considera el paradigma de bien jurídico que no alcanza a explicar la teoría del bien jurídico. Al respecto, Cfr. **Jakobs**, op.cit. N° 67, páginas 19 y siguientes.

²⁴¹ Cfr. Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, en Polít. Crim. N°1, D3, p. 250 y siguientes. [www.politicacriminal.cl], página 250, en que se explica que la receptación cubre el antiguo favorecimiento personal del encubrimiento.

receptación,²⁴² es no hacer que la eliminación del encubrimiento como figura de la Parte General sea un cambio radical, al cubrir su antiguo espectro de punibilidad con figuras de la Parte Especial. Por otro lado, en lo relativo al lavado de dinero, frente a una tentativa más o menos explícita de agrupar encubrimiento y receptación para mantener un determina ámbito de punibilidad, su inclusión en esta sección sólo resulta explicable por consideración de una característica. En particular, los tres tipos tienen la característica de referirse a situaciones que tienen lugar con posterioridad a la comisión de un delito. Ello – junto con una posible inspiración errada de derecho comparado basada en el Código Penal Alemán – parece ser la única explicación posible de esta extraña agrupación.²⁴³

La sección 3 también funciona por agrupación de tipos con estructuras de pura imputación similares. En éstos, se fijó un tipo genérico sin limitaciones al sujeto activo, y se constituyó un delito auxiliar especial impropio en relación con los fiscales. Al no ser agrupación de delitos comunes y delitos especiales propios, lo que sí sería conflictivo, la agrupación por la estructura de imputación es razonable.

Las secciones 4 y 5, relativas respectivamente a la denuncia, imputación o querrela calumniosa y al falso testimonio y perjurio, tienen una agrupación natural que ni siquiera es necesario explicar, y en la que el peso de la tradición influye fuertemente. En ambos casos, se trata de formas de vulneración de deberes generales que, sin embargo, tienen un vínculo fuerte con el contexto especial de un proceso judicial. Finalmente la sección 6 tiene una agrupación natural relativa a su sujeto activo, y pese a que puede parecer conveniente ubicarla de forma contigua a la sección 1, por tratarse en ambos casos de deberes institucionales, la falta de contigüidad es un elemento intrascendente.

Puede observarse que en la elección de la sistematización interna, y en la elección de la forma misma de configuración de la categoría, primaron consideraciones relativas exclusivamente a problemas de imputación. Pese a que en algunos casos esa

²⁴² Al respecto ver Infra. página 154 y siguientes, y 167 y siguientes.

²⁴³ Ídem.

decisión es justificable – como en la decisión central de migración de todos los delitos de jueces con reflejo en los delitos contra la Administración Pública – en otros resulta conflictiva. Sobre esto se volverá en el capítulo cuarto.

C. Problemas de tipificación en el derecho vigente y soluciones del Anteproyecto

La sistematización de la categoría de delitos contra la Administración de Justicia pretende principalmente resolver ciertos problemas de imputación que éstos tienen en el Código Penal, sobre todo en lo relativo a los problemas concursales y de comunicabilidad en la categoría de las prevaricaciones, creados por la duplicación de núcleos de injusto entre algunos delitos de jueces y ciertos delitos generales contra la Administración Pública. Y eso, como ya se explicó, lo hace de forma radical, al reducir los tipos relevantes de jueces a un solo núcleo de injusto, el que no tiene ni puede tener contraparte en los delitos contra la Administración Pública.

En lo relativo a las estructuras de injusto mismas, el Anteproyecto mantiene una cercanía muy fuerte con la tipificación más reciente del Código Penal salvo, nuevamente, en lo relativo a los delitos de jueces. En lo sucesivo, se mostrarán los rasgos principales de cada una de las secciones de la categoría de delitos contra la Administración de Justicia en el Anteproyecto.

1. La prevaricación

a. Consideraciones generales

Dos decisiones fuertes se tomaron en la tipificación de la prevaricación en el Anteproyecto de Código Penal. En primer lugar, se decidió pasar de un sistema de tipificación descriptivo detallado como el que existe en el Código Penal, en el que pueden reconocerse más de 10 núcleos de injustos en los delitos de jueces, a un sistema en el que existe una acción típica con un núcleo de injusto determinado, y dos acciones típicas auxiliares estructuradas alrededor de un núcleo de injusto similar. En el capítulo anterior se mostró que existen una serie de inconvenientes sustantivos y de

imputación relacionados con la estructura excesivamente amplia y excesivamente descriptiva que existe en el Código Penal. En ese sentido, la decisión de romper con esa forma de tipificación es, sin dudas, un acierto de la Comisión.

Para poder realizar esta simplificación aparente, se requirió de una segunda decisión metodológica necesaria, pasando a una tipificación mediante la utilización de términos puramente normativos y abiertos. La técnica de tipificación que emplea el Anteproyecto la resume la Secretaría Técnica en la siguiente fórmula: “se ha procurado simplificar el sistema recurriendo a fórmulas menos formales y más comprensivas (...)”.²⁴⁴ La voluntad de paso de un sistema descriptivo a un sistema que prescinde completamente de elementos descriptivos es, por lo tanto, explícita.²⁴⁵

Pese a que en rigor la sección incluye varios tipos distintos, todos se estructuran sobre una construcción común relacionada con la idea de “manifiesta injusticia”. Así, en el caso de los jueces, la descripción general de la acción es dictar una resolución manifiestamente injusta u omitir la debida,²⁴⁶ mientras que en el caso de la prevaricación de los fiscales del Ministerio Público es realizar actuaciones manifiestamente injustas, omitir ciertas actuaciones debidas o hacer valer antecedentes falsos o incompletos.²⁴⁷ Esto demuestra que no se trata más que de una descripción general que se adapta de sujeto en sujeto. La Comisión Foro Penal explica esta elección de calificación central de las acciones de esta sección como una

²⁴⁴ Materiales de Discusión presentados en la Comisión Foro Penal, Parte Especial, Polít. Crim. N° 1, D3, página 250.

²⁴⁵ Una decisión de este tipo resulta ciertamente comprensible, pero llevada a exceso es injustificable desde el punto de vista del principio de legalidad.

²⁴⁶ “**Art. 274.** El juez o miembro de un tribunal colegiado que ejerza torcidamente la administración de la justicia, **dictando una resolución o sentencia manifiestamente injusto u omitiendo dictar la debida** sufrirá la pena de inhabilitación absoluta en su grado máximo para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Las mismas penas se impondrán a los fiscales judiciales y a quienes, sin tener nombramiento de juez o miembro de un tribunal colegiado, incurran en dicha conducta cuando desempeñen ese cargo o funciones análogas por llamado de la ley, de un tribunal o por nombramiento de las partes.”

²⁴⁷ “**Art. 275.** Sufrirán las penas señaladas en el artículo precedente los fiscales del ministerio público que, faltando a su deber de objetividad, **realicen actuaciones manifiestamente injustas, omitan las debidas o hagan valer ante los tribunales antecedentes falsos o incompletos**, torciendo con ello la recta aplicación de la justicia, a menos que el hecho merezca mayor pena.

reducción “a la idea de prevaricación propiamente tal”.²⁴⁸ Es decir, pretende cubrir la anterior acción de “fallar contra ley expresa y vigente”, aunque con una amplitud mayor. Esta forma de calificación ha sido tomada del encabezado del artículo 446 del Código Penal Español, que califica a la prevaricación como la dictación, a sabiendas, de una sentencia o resolución injusta. Pero pese a que el núcleo de injusto es similar al del derecho penal español, en sus manifestaciones específicas tiene particularidades importantes que parecen ser creaciones de la Comisión.

b. Prevaricación de los jueces

La acción central, cuyo sujeto activo es el juez, titular primario del deber que vulnera la prevaricación, es “ejer(cer) torcidamente la administración de justicia, dictando una resolución o sentencia manifiestamente injusta u omitiendo dictar la debida”.²⁴⁹ El sujeto activo primario es el juez, orgánicamente considerado, pero por la redacción del inciso segundo del artículo 274 del Anteproyecto es evidente que incluye también a fiscales judiciales integrantes de tribunales colegiados, explícitamente incluidos en el ámbito de punibilidad, y a jueces árbitros.

En lo relativo a la descripción de la acción, la influencia de la legislación española es evidente, y la Secretaría Técnica hace explícita la importancia de esta influencia.²⁵⁰ Pero la tipificación del Anteproyecto tiene al menos cuatro diferencias mayores con la tipificación española. En primer lugar, tiene una remisión expresa a un delito omisivo que considera correspondiente a la prevaricación propiamente tal: “omitir dictar la (sentencia o resolución) debida”. En segundo lugar, contiene una segunda calificación de resultado, al incluir la expresión “ejercer torcidamente la administración de justicia”. En tercer lugar, limita el ámbito de la punibilidad de la prevaricación de los jueces sólo a esta acción, sin incluir supuestos específicos. Y en cuarto lugar, lo que es sumamente relevante, no hay cambio de penalidad por supuestos específicos. Es

²⁴⁸ Materiales de Discusión presentados en la Comisión Foro Penal, Parte Especial, Polít. Crim. N° 1, D3, página 250.

²⁴⁹ Ver artículo 274 del Anteproyecto, cuyo texto se incluye en el Anexo I, y en la nota número 246.

²⁵⁰ Materiales de Discusión presentados en la Comisión Foro Penal, Parte Especial, Polít. Crim. N° 1, D3, página 250, nota pie de página 368.

decir, al parecer, la determinación de la penalidad depende exclusivamente de la vulneración del bien jurídico colectivo Administración de Justicia, sin que existan aumentos de penalidad por lesiones auxiliares a bienes jurídicos individuales, a menos que haya una situación de concurso material. Y ello rompe, como se verá, con una característica central de su tipificación tanto en el derecho alemán como en el derecho español.

Por otro lado, la técnica de tipificación que elige la Comisión Foro Penal respecto del tipo de prevaricación de los jueces, sobre todo en las partes novedosas, es extraña, ya que el tipo o bien tiene un doble contenido que debe satisfacer para ser punible, o bien contiene una técnica de doble calificación de una misma acción. La primera descripción de la acción típica, puramente normativa y completamente abierta, es “ejercer torcidamente la administración de justicia”. Desde un punto de vista de política legislativa, se trata prácticamente de una renuncia a la determinación de un requisito de imputación, ya que deja un requisito de imputación totalmente abierto a una determinación total de su contenido por parte de la dogmática y de la jurisprudencia, y sin que haya un peso real de la tradición al respecto. En lo relativo a la segunda calificación de la acción típica, “dictar una resolución o sentencia manifiestamente injusta”, sus términos normativos tienen algún grado de mayor determinación, ya que se remiten a una acción con un contenido en principio determinable con cierta precisión, como es “dictar una resolución”. Sin embargo, lo central en la determinación de la punibilidad de la acción es la calificación de “injusticia” de la resolución, la que no tiene un contenido fácilmente determinable. Por cierto, en un delito puramente normativo y cuyo contenido normativo es particularmente conflictivo, una redacción abierta no sólo es necesaria, sino que es insalvable. Y respecto de esa calificación de injusticia, el peso de la tradición sí es relevante. Pero precisamente por lo naturalmente complejo de la determinación del injusto de la prevaricación, calificar dos veces la acción –al incluir la expresión “ejercer torcidamente la administración de justicia”, da lugar a una tipificación que resulta en una confusión innecesaria y muy importante.

Puede verse de lo anterior que la prevaricación de los jueces, en relación con el tipo de prevaricación propiamente tal del Código Penal, presenta una doble apertura. La inclusión de la palabra resolución parece indicar una ampliación del espectro de resoluciones que califican como idóneas para prevaricar, y en segundo lugar el resultado mismo de la prevaricación se encuentra redactado en términos mucho más amplios, aunque con la carga de una confusa doble calificación. A esta apertura se suma la inclusión de la acción alternativa “omitir dictar una sentencia o resolución debida”.

c. Los otros tipos de la sección

En relación con los otros sujetos activos posibles, se incluye a los fiscales del Ministerio Público y a quienes ejerzan funciones similares a las funciones jurisdiccionales en la Administración Pública.

El artículo 275 del Anteproyecto se refiere en forma particular a los fiscales del Ministerio Público.²⁵¹ La inclusión de tipos de fiscales del Ministerio Público es conflictiva, pero si se acepta que es adecuada –lo que será controvertido más adelante- la decisión de tipificarlo de forma separada a la prevaricación de los jueces es, sin lugar a dudas, una decisión adecuada, ya que sus deberes institucionales son absolutamente distintos, y por lo mismo, también son distintas las formas en que podrían afectar la Administración de Justicia. Ello soluciona un problema que se presentaba en la doctrina respecto del status de los fiscales del Ministerio Público en los delitos de prevaricación.²⁵²

El problema de esta tipificación que propone la Comisión, es que la “manifiesta injusticia” del ejercicio de este cargo se describe de una forma aún más confusa que en el caso de los jueces. No sólo se incluye una calificación general de la acción inicial, que también puede interpretarse como exigencia de un resultado primario, en

²⁵¹ El texto de este artículo puede revisarse en el Anexo I, así como en la nota a pie de página número 248.

²⁵² Cfr. Supra, páginas 90 y 91.

este caso “faltar al deber de objetividad”, pero vuelve a calificarse al final de la redacción de este artículo al señalar “torciendo con ello la aplicación de la justicia”. Además, la acción misma se satisface con tres resultados distintos: “realizar acciones manifiestamente injustas”, “omitir las debidas”, o “hacer valer antecedentes falsos o incompletos”. Sólo el último tiene un contenido determinado. En los otros dos casos, la acción se encuentra completamente indeterminada, y simplemente expresa una vulneración de los deberes institucionales mediante ejercicio de acciones prohibidas, o bien mediante omisión de acciones mandadas.

Finalmente el artículo 276 se refiere a la dictación de actos administrativos manifiestamente injustos.²⁵³ La amplitud de los términos en que está redactado no justifica completamente su inclusión en la categoría delitos contra la Administración de Justicia, ya que no se reduce a las actuaciones administrativas que resuelven conflictos, al incluir la expresión “realice un acto administrativo”. Subsisten además problemas concursales con la ampliación de sujetos activos del segundo inciso del artículo 274, aunque es evidente que esta es una situación especial y por lo mismo debiera tratarse de un concurso aparente. Pero darle un tratamiento autónomo al ejercicio de funciones resolutorias de conflictos en la Administración Pública misma, es una buena decisión.

2. El encubrimiento, la receptación y el lavado de dinero

Al igual que en el tratamiento de la prevaricación, y a diferencia de todas las otras secciones, el Anteproyecto presenta una fuerte propuesta de cambio en su sección 2. La propuesta de cambio no sólo se manifiesta agrupando tipos que estaban completamente dispersos, sino que cada uno de los tipos que incluye tiene una tipificación distinta a la que le correspondía en el Código Penal o en leyes especiales.

²⁵³ **Art. 276.** El que, desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, realice un acto administrativo, participe en un acuerdo de un órgano administrativo colegiado o dicte providencia o resolución en procedimiento administrativo manifiestamente injustas, incurrirá en las penas de inhabilitación absoluta para el ejercicio de cargos o empleos públicos en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.

Esta sección 2 es, por lo tanto, indudablemente la sección más novedosa y con mayor nivel de ruptura de todo el Título.

En lo relativo al encubrimiento, la decisión más relevante evidentemente es su extracción de la Parte General. Al constituir un tipo autónomo, incluido en el artículo 277 del Anteproyecto,²⁵⁴ la Comisión Foro Penal consideró correctamente que el encubrimiento no podía constituir una lesión a un bien jurídico ya lesionado. En cambio, lo consideró una infracción a un deber general de solidaridad con la Administración de Justicia y en particular con la persecución penal. Es decir, el Anteproyecto constituye al encubrimiento en una lesión a la Administración de Justicia por falta de solidaridad con la creación de ese presupuesto específico de la libertad de acción. Y eso, al menos en sus consecuencias, la Comisión parece haberlo identificado correctamente.

Otra decisión relevante que se tomó respecto del encubrimiento, fue reducir el grado de descripción de sus supuestos²⁵⁵, concentrándolos en dos acciones típicas alternativas. Ambas acciones requieren de un presupuesto inicial que califica las dos formas alternativas. Este presupuesto de la acción es que se “ayude de cualquier forma” a un responsable de un delito. La ayuda en cuestión, debe tener una conexión funcional con que el responsable “se aproveche de lo obtenido” o bien “eluda la acción de la justicia”, que son las dos acciones típicas alternativas.

La primera forma de acción típica mediante la cual puede llevarse a cabo esta ayuda – el favorecimiento²⁵⁶ o aprovechamiento-, fue tomada del antiguo número 1 del artículo

²⁵⁴ **Art. 277.** El que sin haber tenido participación como autor o cómplice en un delito, con posterioridad a su ejecución ayude de cualquier forma a cualquiera de los responsables del delito a que se aprovechen de lo obtenido con el delito o a eludir la acción de la justicia, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados. Con todo, la pena no podrá exceder a la que la ley le asigne al cómplice del delito encubierto.

Estarán exentos de pena el cónyuge, el conviviente y los parientes del responsable del delito por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, salvo que lo cometan para que el delincuente se aproveche de lo obtenido por el delito.

²⁵⁵ Como ya se vio respecto de la prevaricación, la reducción de la especificidad fue una decisión consciente y relevante, en general, en la tipificación de la Parte Especial del Anteproyecto.

²⁵⁶ Materiales de Discusión presentados en la Comisión Foro Penal, Parte Especial, Polít. Crim. N° 1, D3, página 250.

17 del Código Penal, pero se eliminó la punibilidad, como encubrimiento, del aprovechamiento directo de lo obtenido en el delito. Esa hipótesis de aprovechamiento, fue traspasada a la receptación y es uno de los elementos que explica su agrupación. La segunda forma de acción típica, recoge lo que se suele denominar “impedimento”. Aquí se eliminó la casuística de tres hipótesis del artículo 17 nº 2 a 4, intentando incluir a las tres con la fórmula ayudar “a eludir la acción de la justicia”. Sin calificaciones de medio comisivo, el espectro de imputación se aumenta respecto de la regulación del Código Penal.

Más allá de eso, el tratamiento del encubrimiento mantuvo la calificación negativa del sujeto activo, que se reduce evidentemente a quien no tenga responsabilidad por el tipo principal, y mantuvo con variaciones mínimas la exención de responsabilidad penal de los parientes del imputado, manteniendo igualmente la no aplicabilidad de esta exención en el caso de aprovechamiento.

La tipificación de la receptación en el artículo 278 del Anteproyecto²⁵⁷, tiene reducciones de requisitos de imputación importantes. En particular, se eliminaron los requisitos especiales de imputación subjetiva, al eliminar la exigencia de conocimiento del origen delictivo de la especie receptada. La calificación de la acción también cambió, desde una calificación descriptiva del artículo 456 bis A del Código Penal – tenga en su poder o compre, venda o comercialice – a una calificación normativa abierta, en “recibir” o “aprovecharse”. Nuevamente, la decisión de la Comisión fue ampliar de la forma más eficaz posible el ámbito de imputación de la receptación. Y para conseguir ese objetivo, se eliminó también la calificación del delito ligado a la especie receptada, que sólo podía estar ligado a delitos contra la propiedad en el Código Penal, en el que constituía la justificación sustancial de la punibilidad era la conexión con la vulneración del derecho de propiedad. En el Anteproyecto, en cambio,

²⁵⁷ “**Art. 278.** El que con ánimo de lucro reciba a cualquier título especies que provengan de un delito en que no ha tenido participación como autor o cómplice, o se aproveche de ellas, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales. Con todo, la pena no podrá exceder a la que la ley le asigna al autor del delito del cual procedan las especies.”

esa conexión no existe, lo que es una ruptura radical con la consideración tradicional de la receptación.²⁵⁸

Puede observarse que el sistema que establece el Anteproyecto, en las relaciones entre encubrimiento, receptación y obstrucción a la justicia, es un sistema de concesiones de ámbitos de punibilidad. La Comisión identificó que, en su decisión de convertir el encubrimiento en un delito de la Parte Especial, el ámbito de punibilidad de éste pasó a ser conflictivo con los otros dos tipos recién mencionados. El aprovechamiento, en su redacción en el derecho vigente, se superpone con la receptación, y las formas de favorecimiento con la obstrucción a la justicia. Ello explica la agrupación con el primero, y la reducción de las formas de favorecimiento.

No se tratará del lavado de dinero en el presente trabajo por ser, como se verá más adelante, completamente ajeno a los delitos contra la Administración de Justicia.

3. La obstrucción a la justicia

En materia de obstrucción a la justicia, la Comisión Foro Penal cambió ligeramente la redacción de la tipificación del artículo 269 bis del Código Penal, antes de la modificación de la ley 20.074, sin llevar a cabo cambios sustanciales.²⁵⁹ Con ello, se pretendió mantener cierta continuidad con el derecho vigente, intentando solucionar problemas de imputación determinados. Desafortunadamente, durante el mismo Noviembre de 2005 en que fue entregado el Anteproyecto al Ministerio de Justicia, se cambió radicalmente el sistema de obstrucción a la justicia existente en el derecho vigente chileno, por la dictación de la ley 20.074. Ya no existe ninguna continuidad entre Código Penal y Anteproyecto de Código Penal en relación con sus respectivas tipificaciones de la obstrucción a la justicia.

²⁵⁸ Y ello pese a que el Código Penal Alemán, en sus § 259 y siguientes, fuente evidente de la tipificación de esta sección, sí contiene esas limitaciones.

²⁵⁹ Materiales de Discusión presentados en la Comisión Foro Penal, Parte Especial, Polít. Crim. N° 1, D3, página 251.

La forma de obstrucción a la justicia que eligió tipificar la Comisión Foro Penal, en el artículo 280 del Anteproyecto,²⁶⁰ agrupa una especie de favorecimiento, una especie de desobediencia, y una especie de falsedad. Ninguna de ellas tiene restricciones generales al sujeto activo por la utilización de la formula “el que”, aunque todas tienen limitaciones especiales por lo establecido en el inciso tercero del artículo 280 del Anteproyecto.

La primera forma de obstrucción a la justicia que se reconoce, es una especie de delito de desobediencia. Tiene una estructura omisiva, y consiste en negarse a proporcionar antecedentes que obren en poder del imputado y que permitan esclarecer otros hechos punibles. La negación debe seguir a un requerimiento legal de los antecedentes solicitados. Es decir, tiene que existir un deber específico de entregar los antecedentes, en virtud de una orden particular obligatoria, y no basta con la existencia de deberes generales de colaboración de la justicia, aún cuando la justificación de esta obligatoriedad arranque de este deber general. La obligación de entrega puede tener lugar en la etapa de investigación, o en la etapa de juicio posterior correspondiente, y puede ser solicitada tanto por un juez competente como por fiscales del Ministerio Público. El sujeto activo se encuentra restringido no sólo a parientes, como en el encubrimiento y en la segunda forma de obstrucción a la justicia, sino en general tampoco pueden ser sujetos activos los que tienen un deber de guardar secreto, y los que por ley tienen derecho a no declarar contra el imputado.

La segunda forma de obstrucción a la justicia es una forma activa: destruir, ocultar, o inutilizar antecedentes a favor del imputado. Esta segunda forma de obstrucción a la

²⁶⁰ “**Art. 280.** El que, requerido legalmente, se niegue a proporcionar (a los fiscales del Ministerio Público o) a los tribunales de justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan esclarecer los hechos punibles (investigados o) enjuiciados, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa dieciséis a veinte tributarias mensuales.

Con la misma pena será castigado el que, sin incurrir en el delito de encubrimiento, destruya, oculte o inutilice posibles medios de prueba a favor de imputado, o aporte antecedentes falsos al ministerio público o a sus órganos auxiliares.

Estarán exentos de responsabilidad penal por estos hechos el imputado, su cónyuge, conviviente y sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive; y en los casos establecidos en inciso primero de este artículo, quienes por ley tienen derecho a no declarar contra el imputado o un deber de guardar secreto. “

justicia tiene una similitud evidente con el encubrimiento, y por lo mismo genera problemas concursales recíprocos fuertes. Para evitar esos problemas, la Comisión Foro Penal incluyó la expresión “sin incurrir en el delito de encubrimiento”, haciendo evidente la existencia de un concurso aparente que se resuelve necesariamente en favor del encubrimiento. Pero más allá de esta solución ad hoc, en general la obstrucción a la justicia tipificada en el Anteproyecto tiene una similitud tan fuerte con el encubrimiento que resulta difícil explicarse como, aún de no considerarse un mismo delito, no forman una misma sección.

Finalmente la tercera forma de obstrucción a la justicia consiste en aportar “antecedentes falsos al ministerio público o a sus órganos auxiliares”. A diferencia de las dos primeras formas de obstrucción a la justicia, esta es una forma de tipificación del supuesto central de obstrucción a la justicia que existe actualmente en el derecho vigente completamente abierta y con requisitos menores. La utilización del verbo “aportar” como verbo rector, completamente abierto, la falta de requisitos de medios comisivos, la falta de requisitos de tipo subjetivo específicos, y la inclusión de las policías, como receptores idóneas de los antecedentes falsos, dejan al tipo con requisitos de imputación que no son estrictos. Esto puede resultar conflictivo, desde un punto de vista sistemático, puesto que puede generar problemas fuertes con otros tipos indeterminados, como el encubrimiento.

El parecido con la regulación del Código Penal anterior a la modificación de la ley 20.074 es evidente. Tanto el primer como el segundo supuesto de obstrucción a la justicia contenidos en el artículo 280 del Anteproyecto corresponden al contenido del antiguo 269bis del Código Penal reformado en 2005, con modificaciones mínimas. En el primer supuesto, la única modificación relevante es una referencia entre paréntesis al Ministerio Público y a la etapa de investigación. En el segundo supuesto, la única modificación relevante es la ya reseñada referencia al delito de encubrimiento.

En cambio, en la regulación actual del Código Penal²⁶¹, la consideración misma de lo que constituye obstrucción a la justicia cambió radicalmente y ya no tiene ninguna continuidad con el Anteproyecto. Mientras antes se trataba básicamente de una mezcla entre supuestos específicos de favorecimiento y de desobediencia en la investigación penal, la tipificación vigente trata casi exclusivamente de lesiones a la Administración de Justicia por dilapidación de recursos en la persecución penal. Con ello, la ley 20.074 eliminó los problemas de doble tipificación que se generaban con el encubrimiento como figura de la Parte General, y eliminó asimismo los supuestos de delitos omisivos por desobediencia. El Anteproyecto reintroduce la necesidad de tratar estos problemas.

4. Falso Testimonio y Perjurio

En materia de falso testimonio y perjurio, tipificados en los artículos 285 a 288 del Anteproyecto,²⁶² es donde se produce la mayor continuidad entre derecho vigente y

²⁶¹ Al respecto, Supra. página 127.

²⁶² “**Art. 285.** El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal falte a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se trata de un proceso penal y con reclusión menor en su grado medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se trata de otro proceso judicial contencioso.

Tratándose de perito e intérpretes, sufrirán además la pena de inhabilitación especial de su condición de perito o intérprete en juicio en sus grados medio a máximo.

Si la conducta se realiza contra el imputado o acusado en proceso penal, la pena se impondrá en el grado máximo.

Art. 286. Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior se castigará al que presente ante un tribunal a los testigos, peritos o intérpretes que incurra en las conductas allí señaladas, así como a quien incorpora como prueba documentos, objetos u otros medios de prueba falsos o adulterados.

Los abogados que incurran en la conducta sufrirán el máximo de las penas señaladas, según el caso. Pero, tratándose de un fiscal del ministerio público, la pena privativa de libertad se aumentará a reclusión mayor en su grado mínimo, si con su conducta logra la dictación de una sentencia condenatoria firme.

Art. 287. Si media la retractación oportuna de quien haya incurrido en las conductas previstas en los dos artículos anteriores, la pena se reducirá en un grado. La retractación oportuna eximirá de responsabilidad penal en casos calificados, cuando su importancia para el esclarecimiento de los hechos y la gravedad de los potenciales efectos de su omisión, así lo justifiquen.

Retractación oportuna es aquella que tiene lugar ante el tribunal en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por éste al resolver la causa.

Art. 288. El que fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, falte a la verdad en declaración prestada bajo juramento o promesa exigida por ley, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

Anteproyecto, y además es la propuesta más sólida de éste. La propia Comisión reconoce la continuidad que pretendió mantener en esta materia, al señalar que lo que hace el Anteproyecto es recoger lo esencial del proyecto de ley que derivó en la ley 20.074, y cambiar algunos aspectos menores.²⁶³ Con ello adopta igualmente un sistema que reconoce como elemento determinante de la penalidad la afección a derechos individuales auxiliares, a diferencia de lo que sucede en materia de prevaricación.

Los cambios adoptados por la Comisión, que son en general simples cambios de redacción, efectivamente solucionan varias confusiones que pueden encontrarse en el derecho vigente. El único cambio verdaderamente relevante se produce en el artículo 288 del Anteproyecto inciso segundo. Dicha disposición establece un tipo que castiga la infracción de la obligación de entregar antecedentes veraces en materia de fiscalización y procedimiento administrativo. La propia disposición reconoce que se trata de un tipo más bien extraño en la categoría, que ya tiene tipificación parcial en materia de falsedades y de delitos contra la Administración Pública, al señalar explícitamente su carácter subsidiario, ya que sólo se imputará este delito en caso que no se pueda imputar por un delito cuya penalidad sea superior.

Más allá de eso, no hay ningún cambio esencial, por lo que todo el análisis hecho respecto del derecho vigente es plenamente aplicable aquí.

5. Prevaricación del Abogado

Los artículos 289 y 290 del Anteproyecto²⁶⁴ se refieren a lo que denominan “prevaricación del abogado”. La inclusión de éstos como delitos contra la

Las mismas penas se aplicarán al que presente o entregue a la autoridad antecedentes, datos o declaraciones falsas que deban tomarse en consideración en un proceso de fiscalización o para resolver un procedimiento administrativo, a menos que corresponda aplicar al hecho una pena más grave según las restantes disposiciones de este Código.”

²⁶³ Materiales de Discusión presentados en la Comisión Foro Penal, Parte Especial, Polít. Crim. N° 1, D3, página 251.

²⁶⁴ “**Art. 289.** El abogado o procurador que con abuso de su oficio, perjudique a quien sea o haya sido su cliente o descubra sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que cause, con la pena de

Administración de Justicia, y la utilización del calificativo “prevaricación” para nombrarlos, tiene como explicación primaria una continuidad con las formas de “prevaricación”, referidas a abogados, que se encuentran en los artículos 231 y 232 del Código Penal. Más adelante analizaremos si efectivamente existe una lesión primaria a la Administración de Justicia que justifique incluirlo en esta categoría.

En lo relativo a la tipificación misma, el artículo 289 del Anteproyecto no presenta ninguna diferencia, salvo en la elección de los modos verbales, con el artículo 231 del Código Penal. El artículo 290 del Anteproyecto, por su parte, sí tiene diferencias mayores con el artículo 232 del Código Penal. Mientras el artículo 232 del Código Penal sanciona el doble patrocinio, en principio, simultáneo, el artículo 290 del Anteproyecto de Código Penal recoge la idea de conflicto de intereses en un mismo caso, pero lo amplía. La ampliación es básicamente a todo tipo de servicios que pueda prestar un abogado, incluyendo asesorías, las que no tienen necesariamente relación con el contexto del proceso o con la Administración de Justicia, por lo que es conflictiva con la ubicación sistemática que se le dio al tipo.

D. Conclusión

La regulación de los delitos contra la Administración de Justicia en el Anteproyecto es un intento de mantener parcialmente el contenido de injusto de los tipos que éste agrupa en la categoría, pero ejerciendo al mismo tiempo fuertes pretensiones de ampliación de la punibilidad en varios tipos. La utilización de términos normativos y abiertos, y la renuncia a la utilización de expresiones descriptivas, son el testimonio más fuerte del objeto del Anteproyecto en esta materia. Esta es la primera decisión fuerte de la Comisión Foro Penal que puede reconocerse en el Anteproyecto. La segunda decisión fuerte de la Comisión, es la eliminación de tipos de jueces que

inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión en sus grados mínimo a máximo y multa de once a cien unidades tributarias mensuales.

Art. 290. El abogado o procurador que asesore, represente, patrocine o defienda los intereses de un cliente en contra de otro que sea o haya sido su asesorado, representado, patrocinado o defendido en el mismo asunto, sufrirá las penas de inhabilitación especial en su grado máximo para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.”

pudieran tener un equivalente en los delitos genéricos de funcionarios, limitando a su núcleo mínimo la variedad de delitos de jueces.

En la elección de estas cuestiones, la Comisión se centró casi exclusivamente en la determinación de lo que creía podía solucionar de la mejor forma dos problemas de imputación: los problemas concursales y las restricciones a la punibilidad impuestas legislativamente. La pretensión de ampliación del alcance de la norma de sanción fue, por lo tanto, la cuestión central que determinó la estructura del Anteproyecto de Código Penal. No es posible reconocer esfuerzo de tipificación alguno a partir de una reflexión sobre la determinación de la norma de comportamiento, ni sobre la legitimidad de las limitaciones impuestas por esas normas de comportamiento.

En el próximo capítulo se analizará la categoría delitos contra la Administración de Justicia a partir de una comprensión correcta del objeto de protección, procediendo a efectuar una elección correcta de las obligaciones que pueden imponer estos tipos, y de la forma en que deben agruparse las conductas que esta categoría exige.

CAPÍTULO IV. PROBLEMAS GENERALES DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL EN LO RELATIVO A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

A. Introducción

Los delitos contra la Administración de Justicia sólo se justifican, y sólo pueden explicarse, como medios de protección frente a afecciones mediatas a la libertad de acción, las que se desarrollan a través de la afección inmediata, pero individualmente irrelevante, de una condición de posibilidad de ésta. Los deberes de determinadas personas que subyacen a esta categoría de tipo, tienen que estar relacionados con la protección (de la producción) de este objeto.

Por ello, cualquier estructuración de una categoría de delitos contra la Administración de Justicia debe identificar en primer lugar qué formas de afección pueden atacar esa condición de posibilidad de la libertad de acción, y en segundo lugar debe determinar cuál de esas afecciones tiene un peso que haga necesario reforzar la obligación de contribuir a la formación de esa condición de posibilidad mediante una norma de sanción penal. Una reflexión que se centre exclusivamente en lo que se pretende lograr mediante normas de sanción, cuyo objeto no se ha identificado, sería una reflexión ciega y contraproducente, que funcionaría sólo como manifestación de intuición respecto de lo que debe ser castigado. En un proyecto legislativo relevante, una reflexión de ese tipo es inaceptable como reflexión que determine la constitución de toda una categoría de delitos.

En el capítulo anterior se pudo ver a grandes rasgos la labor que realizó la Comisión Foro Penal en la estructuración de esta categoría. Su pretensión se redujo, explícitamente, a un pretendido perfeccionamiento de las estructuras de imputación en la categoría, en condiciones que se reconocía que la categoría no existía como tal con anterioridad. Lo que tal vez podría justificarse respecto de los delitos contra la vida y la integridad personal - simplemente solucionar problemas de imputación específicos- es inaceptable respecto de una categoría que derechamente se crea mediante la reforma,

y a la cuál, por lo tanto, no se la puede simplemente perfeccionar. Y, aunque, como es evidente, en varios casos las intuiciones que la Comisión demostró tener respecto de lo castigable coinciden con lo que puede argumentarse que resulta justificable, la categoría tiene una serie de problemas importantes, tanto de legitimación como de imputación que han sido producidos por la forma que adoptó este proceso de tipificación.

Desde este capítulo se inicia derechamente la crítica del Anteproyecto respecto de la categoría en cuestión. En este capítulo se criticarán los problemas de justificación sustantivos del Anteproyecto, y secundariamente los problemas de sistematización. La tesis que se sostendrá al respecto es simple. El Anteproyecto incluye en el capítulo de delitos contra la Administración de Justicia tipos que no tienen ningún vínculo conceptual con la Administración de Justicia, tipos que resultan contrarios al principio de proporcionalidad, tanto en cuestiones que dicen relación con la punibilidad como con la penalidad, y entre los tipos que sí son justificables sustantivamente, presenta problemas de sistematización relevantes. Todo ello parece tener lugar por una falta de reflexión acabada, como la que se intentó llevar a cabo en el Capítulo I, respecto de la justificación de los delitos contra la Administración de Justicia en relación con su objeto de protección.

La metodología que se desarrollará en este capítulo para efectuar esta crítica sustantiva y de sistematización no se reduce a analizar sólo problemas prescriptivos - problemas relativos a la norma de comportamiento- ni tampoco concentra todos los problemas prescriptivos²⁶⁵, pero sí se trata de problemas más bien relacionados con las relaciones entre los tipos incluidos en este título y su objeto de protección. Posteriormente, en el Capítulo V, se intentarán mostrar los problemas de configuración e imputación que pueden identificarse en esta parte del Anteproyecto.

²⁶⁵ Desde ya, el problema prescriptivo primario es la descripción misma de la conducta obligada, por cuanto es la descripción de la conducta prohibida o mandada la que, por causa del principio de legalidad, fija los límites de la obligación, con independencia que la obligación coincida con obligaciones no garantizadas por una norma de sanción penal. Y la descripción del tipo, no se inserta en lo que hemos denominados hermenéutica del todo.

La crítica intentará ser exhaustiva, y por lo mismo es necesario advertir, desde ya, que un cierto ejercicio de paciencia adicional será necesario para poder seguir esta crítica. Muchas veces en secciones distintas se harán críticas a puntos similares, o a un mismo punto, pero diferenciadas por hacerse desde varias perspectivas o desde conceptos penales distintos, las que a veces tienen distinciones muy sutiles y que al lector práctico pueden parecerle inútiles. Ese ejercicio de paciencia esperamos que resulte, al menos, en una claridad mayor que permita que el lector al final de la crítica, aunque impacientado o molesto con la monotonía de la relación, tenga claridad sobre todos los puntos y sobre todas las razones que justifican el que el Anteproyecto debe ser cambiado o, en caso que la re-codificación mediante el Anteproyecto fracase, no adopte sus errores en cualquier reforma parcial o total posterior.

B. ¿Justificación sustantiva del Anteproyecto?

La categoría de delitos contra la Administración de Justicia, así como sus tipos, sólo son justificables en tanto conjunto sistemático de normas de sanción que permiten proteger una condición de posibilidad esencial de la libertad de acción en una sociedad moderna. Desde el punto de la justificación sustantiva de los delitos en cuestión, un proyecto correctamente formulado debiera entregar tipos que tengan relaciones funcionales con ese objeto de protección. Ello supone reconocer al menos tres cosas en un proyecto adecuado. En primer lugar, todos los tipos debieran reconducirse al mismo objeto de protección: todos los tipos debieran tener un vínculo conceptual con su objeto de protección. En segundo lugar, todos los tipos debieran ser justificables conforme a ese objeto de protección. Y en tercer lugar, la penalidad de los distintos tipos debiera tener una justificación proporcional al grado de afección a ese objeto de protección, o a la afección a otros bienes jurídicos auxiliares en caso de ser pluri-ofensivo.²⁶⁶ En adelante se analizarán estas tres cuestiones.

²⁶⁶ Esto reproduce la estructura de análisis del principio de proporcionalidad, en el cual se trata de verificar la existencia de un bien, de verificar que el medio (sanción penal) es adecuado y necesario para proteger ese bien.

1. Imposibilidad de reconducir todos los tipos a un mismo objeto de protección

Ya en el capítulo anterior se hizo notar la existencia de obligaciones, y por lo tanto de sanciones subyacentes, cuya justificación no puede encontrarse ligada a la Administración de Justicia como bien jurídico construido correctamente. El caso más evidente al respecto se relaciona con la sección 2, como se verá más adelante. Pero también en los delitos de prevaricación, en parte de los delitos de abogados, e incluso en los delitos incluidos en la sección de falso testimonio pueden encontrarse problemas de reconducción al objeto de protección.

a. Falta de vínculo conceptual entre la Administración de Justicia y la receptación y el lavado de dinero

Los mayores problemas de reconducción a la Administración de Justicia se producen en la segunda sección del título de delitos contra la Administración de Justicia del Anteproyecto. De las tres clases de delitos que constituyen esta categoría, sólo una puede ser reconducida, al menos parcialmente, a este bien jurídico: el encubrimiento. Los otros dos tipos, la receptación y el lavado de dinero, no tienen ningún vínculo conceptual con la Administración.

El encubrimiento, como forma de acción cuyo objeto es evitar el correcto ejercicio de la potestad punitiva, tiene relaciones evidentes con la Administración de Justicia. El encubrimiento no constituye, en su forma pura (el impedimento), más que una oposición a la Administración de Justicia, y por lo tanto es una forma de acción cuyo sentido es directamente evitar la creación del bien jurídico. Esa falta de solidaridad mínima con la Administración de Justicia es considerada por el derecho como una infracción de una obligación general.²⁶⁷

²⁶⁷ Esta negación de sentido sólo es directa en uno de los supuestos de encubrimiento. En el caso de la ayuda a aprovecharse de lo obtenido, el sentido de la acción no es directamente negar la pretensión punitiva y por lo tanto la Administración de Justicia en ese contexto. Aún así, se suele considerar relevante esta forma de acción en el derecho comparado, pese a que su vínculo con el objeto de protección sea sólo oblicuo.

En el caso de la receptación, evidentemente esos vínculos ya no existen. En la receptación el sentido de la acción, si algo, es antes desprecio por la propiedad como bien abstracto, que desprecio a la Administración de Justicia. La intangibilidad del vínculo normativo entre persona y cosa que constituye a la propiedad se ve afectada cuando se contribuye a que su negación mediante un delito contra la propiedad sea provechosa. Esa es la razón por la cual se exige que exista un delito anterior contra la propiedad. Por ello, ni el Código Penal Español, ni el Código Penal Francés lo consideran un delito contra la Administración de Justicia. En España, los artículos 298 y siguientes del Código Penal lo tratan como de un delito contra el patrimonio, lo que no deja claro si, asumiendo una distinción entre propiedad y patrimonio, se trata de un delito contra uno u otro. La ambigüedad es aún mayor porque aquí se agrupan tipos que afectan bienes jurídicos al parecer colectivos, que tienen ciertas conexiones con los bienes instrumentales de carácter individual. Pero, en cualquier caso, la receptación es completamente ajena a la Administración de Justicia en el Código Penal Español.

El Código Penal Alemán, por su parte, agrupa encubrimiento y receptación. Esta es probablemente la fuente de la agrupación que hace el Anteproyecto. Sin embargo, la agrupación de estos tipos en el Código Penal Alemán no se hace directamente en relación con bienes jurídicos, al punto que no existe una sección de delitos contra la Administración de Justicia, sino que se agrupa por similitudes determinadas por otros factores. De hecho, la ubicación general de esta sección en el Código Penal Alemán pone a estos tipos en una sección contigua a los delitos contra intereses instrumentales individuales, y sumamente alejada de los delitos contra la Administración de Justicia contenidos en la sección de delitos en ejercicio de función pública. Antes que protección de la estabilización de expectativas normativas como presupuesto de nuestra libertad individual, en el Código Penal Alemán la receptación y las formas de encubrimiento aparecen como formas de protección de la propiedad como presupuesto de nuestra libertad individual.

Por lo demás, evidentemente la Comisión no pretendió agrupar a la receptación en la categoría delitos contra la Administración de Justicia a partir de consideraciones relativas al objeto de protección, sino que se inspiró directamente en el modelo de Código Penal Alemán, el que no sigue los criterios de agrupación por bienes jurídicos que eligió seguir la Comisión. Lo que pretendió, además, la Comisión fue enfocarse en las similitudes de la receptación con el aprovechamiento como antigua forma de participación por encubrimiento, y al agruparlo solucionar problemas concursales que ambos tendrían de consagrarse al encubrimiento como un delito de la Parte Especial. Eso es una forma de técnica legislativa penal absolutamente errada, en que no hay ni cuestionamiento de legitimación sustantiva, ni cuestionamiento de idoneidad político criminal.

El lavado de dinero tampoco tiene vínculos directos con los delitos contra la Administración de Justicia, y nuevamente se agrupó en esta sección en virtud de una inspiración demasiado apresurada en el Código Penal Alemán. Sin embargo, una agrupación de esta clase sólo es posible si el motivo de agrupación no es la afección al bien jurídico Administración de Justicia. Ello puede tener lugar, como en Alemania, porque no existe una agrupación cuya justificación directa sea la agrupación en relación con el bien jurídico, o como en España por no considerar ni a la receptación ni al lavado de dinero como delitos contra la Administración de Justicia. Pero precisamente la solución del Anteproyecto, de agruparlos todos con las distintas formas de encubrimiento en una sección de los delitos contra la Administración de Justicia, es inaceptable por inconsistente e inverosímil.

b. El objeto de protección en las prevaricaciones

La sección de prevaricación del Anteproyecto, que agrupa sus artículo 274, 275 y 276, también tiene algunos problemas relacionados con la falta de vínculo conceptual entre tipo y objeto de protección. La razón de la existencia de esta desconexión, se advierte si se comparan tipos que parecen tener desconexiones con el tipo primario, la prevaricación activa de los jueces.

En el caso central, tipificado en el artículo 274 del Anteproyecto, la pena se asocia con la dictación de una resolución que no es conforme a derecho. Es decir, la norma de comportamiento no es más que una manifestación directa de la obligación de los jueces de dictar resoluciones conforme a derecho, por lo que la pena no es más que una manifestación fuerte del mandato de sujeción al derecho y por lo tanto de un presupuesto de la Administración de Justicia.²⁶⁸ La obligación se encuentra, por lo tanto, ligada del modo más directo posible a la Administración de Justicia como bien jurídico.

Frente a este supuesto, tanto la prevaricación de los fiscales del Ministerio Público como la prevaricación administrativa, tienen problemas sumamente importantes de justificación sustantiva. En el caso de los fiscales del Ministerio Público, como partícipes relevantes de la persecución penal, las infracciones a sus obligaciones no tienen problemas de desconexión inmediata con el bien jurídico, pese a que en la redacción del artículo 275 del Anteproyecto sí tengan problemas de justificación sustantiva en base al principio de proporcionalidad. No sucede exactamente lo mismo con la prevaricación administrativa del artículo 276 del Anteproyecto. En rigor, las distintas obligaciones que emanan de la potestad administrativa se reconducen a la Administración Pública como bien jurídico. El Código Penal Español, por ejemplo, la reconduce a esta categoría en el capítulo I del título XIX. Pese a ello, puede entregarse un argumento de verosimilitud para explicar la agrupación de la prevaricación administrativa con la prevaricación de los jueces. Sería inverosímil no reconocer que en nuestro sistema jurídico, ciertas formas de ejercicio formal de la potestad administrativa tienen similitudes funcionales y estructurales con la Administración de Justicia como bien jurídico, ya que constituyen y estabilizan expectativas normativas al resolver conflictos con los mismos códigos que lo hace un tribunal. Por ello, una correcta formulación de la prevaricación administrativa podría hacerse inmune a esta crítica. El problema en el Anteproyecto, sin embargo, es que en su formulación la prevaricación administrativa no puede reconducirse en todos sus supuestos al bien jurídico de la categoría, ni siquiera asumiendo el argumento de verosimilitud reseñado. La utilización de la expresión “realice un acto administrativo”,

²⁶⁸ Ver Supra. páginas 34 y 35

en particular, excede manifiestamente aquello que el argumento de verosimilitud permite incluir en la categoría delitos contra la Administración de Justicia, ya que el artículo 3 de la Ley 19.880 lo define, precisamente, como la forma más general de ejercicio de la potestad normativa de la Administración Pública. Ello hace completamente inverosímil integrar de esta forma la prevaricación administrativa a los delitos contra la Administración de Justicia, ya que parte importante del ejercicio genérico de dicha potestad normativa no tiene similitudes suficientemente relevantes que permitan reconducir las normas de comportamiento que le subyacen a la protección de esa condición de posibilidad específica de la libertad de acción. Por ejemplo, no resulta plausible sostener que un ejercicio incorrecto de la potestad reglamentaria afecte precisamente esa condición de posibilidad de la libertad de acción: la estabilización de expectativas normativas. Con ello, sí se trata de un supuesto sin conexión alguna con el bien jurídico Administración de Justicia.

c. Falso testimonio y perjurio

Respecto de la sección 5 del título de delitos contra la Administración de Justicia del Anteproyecto, sólo el caso del perjurio de su artículo 288 manifiesta problemas evidentes de identificación del objeto de protección. Aquí lo que justifica la creación de la obligación que se infringe es el juramento, y esta infracción de deber tiene generalmente lugar fuera del contexto específico del proceso. Si algo, su tratamiento sólo se justifica como delito de falsedad, ya que no tiene ninguna conexión con la Administración de Justicia como bien jurídico al prescindir del contexto específico del proceso.

Finalmente el tipo contenido en el inciso segundo del artículo 288 del Anteproyecto, relativo a la entrega de antecedentes falsos en procedimiento administrativo o en procedimiento de fiscalización, tampoco tiene justificación sustantiva posible en la Administración de Justicia como bien jurídico. No se trata, en ningún caso, de algo que tenga relación directa con la estabilización de expectativas mediante la resolución de conflictos. Por ello, su tratamiento sólo puede tener lugar en los delitos contra la

Administración Pública, si se considera que es un forma de injusto que merece sanción penal.

f. Prevaricación del abogado

Ya en el Código Penal, cuyo ámbito de punibilidad de este tipo era mucho más restringido, la inclusión de la “prevaricación del abogado” era conflictiva, aún bajo la consideración inverosímil del abogado como auxiliar de la administración de justicia.²⁶⁹ La formulación que en el Anteproyecto le da a esta sección, aunque muy similar, es mucho más amplia y mucho más conflictiva desde el punto de vista del objeto de protección, ya que prescinde de la existencia del proceso como condición de punibilidad. Ello intensifica los problemas que ya se producían en el Código Pena.²⁷⁰

La necesidad de verificar esta conexión es precisamente la razón por la que el Código Penal Español, al incluir un apartado de deslealtad profesional del abogado y agruparlo con su forma de obstrucción a la justicia en la categoría de delitos contra la Administración de Justicia²⁷¹, sólo considera actuaciones que tienen o bien repercusión puramente social, o bien son hechas en el contexto específico del proceso. La única excepción a ello en el Código Penal Español, ambigua por lo demás, es la inclusión de un tipo similar a una de las hipótesis del actual 231 del Código Penal Chileno, en el número 2 del artículo 467 del Código Penal Español²⁷², el que incluye como acción

²⁶⁹ Supra. página 114.

²⁷⁰ En el caso de la prevaricación del abogado, la tipificación del Anteproyecto es mucho más conflictiva que la del Código Penal, porque tiende a ampliarlo y, sobre todo, a prescindir de afectos formales como la presencia del proceso, que son precisamente los que constituyen a acciones lesivas en verdaderos candidatos a ser delitos contra la Administración de Justicia. Sin afectar estas instancias abstractas de las que necesita la Administración de Justicia, los tipos pasan a ser absolutamente ajenos.

²⁷¹ Al respecto, ver el Capítulo VII del Título XX de la Parte Especial del Código Penal Español, la que se incluye en el Anexo III de este trabajo.

²⁷² “**Artículo 467.** 1.El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años. 2. El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años. Si los hechos fueran realizador por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.”

punible el “perjudicar al representado”. La falta de mención literal a la representación “judicial” o alguna otra fórmula que restrinja la aplicabilidad del tipo a situaciones en que haya un proceso es lo que hace que dicha acción, interpretada de forma amplia, no pueda considerarse verdaderamente un delito contra la Administración de Justicia. Pero la exigencia dogmática de una forma particular de representación puede salvar esa falencia. En el caso del Anteproyecto, parte importante de su contenido no puede salvarse ni aún de esa forma.

Por ello, en todas las reformas propuestas por la Comisión Foro Penal, la conexión con el bien jurídico desaparece, por lo que no es justificable incluir estos tipos como delitos contra la Administración de Justicia.

2. Inexistencia de justificación sustantiva de algunas ampliaciones de punibilidad

En el apartado anterior se hizo un análisis crítico de la inclusión de algunos tipos que no pueden ser reconducidos, en ningún caso, de modo plausible a la Administración de Justicia como bien jurídico. De lo que se trata en la presente sección, es de revisar aquellos tipos que si bien tienen alguna conexión con este bien jurídico, el grado de afección que presentan no es suficiente para justificar su punibilidad conforme al principio de proporcionalidad. Es decir, ya no se trata de verificar simplemente la existencia conceptual posible de una conexión; se trata de verificar que la conexión haga necesario que la lesión al bien jurídico mediante la conducta respectiva sea protegida por la aplicación de penas.

Los problemas que pueden verificarse en el Anteproyecto en relación con la justificación sustantiva, se relacionan generalmente con pretensiones de ampliación de punibilidad mediante la inclusión de tipos generales, o derechamente mediante la inclusión de acciones novedosas en el tipo respectivo. Esto tiene lugar en la sección de prevaricaciones, en la sección obstrucción a la justicia y en la sección de prevaricaciones del abogado.

a. Proporcionalidad de las distintas clases de prevaricación de la sección 1

Los problemas de justificación sustantiva de la sección 1 se concentran en el artículo 275 del Anteproyecto, relacionado con la prevaricación de los fiscales del Ministerio Público.²⁷³ Esta forma de prevaricación especial tiene problemas de justificación sustantiva sólo en algunos de sus supuestos puesto que, por ejemplo, no parece conflictiva la inclusión de un delito de presentación de antecedentes falsos en un proceso criminal, más allá de sus evidentes problemas de sistematización.²⁷⁴

En cambio, sí es sumamente conflictiva, como acción que merece y debe ser castigada penalmente, el supuesto de “omitir realizar las actuaciones debidas”. En la formulación que le da el Anteproyecto, este tipo no es más que un reforzamiento penal completo de todas las obligaciones del cargo de los fiscales del Ministerio Público, ya que la norma de comportamiento que le subyace es íntegramente el mandato de ejercicio del cargo. Un tipo de esa clase supone, en primer lugar una carga excesiva, y su tratamiento político criminal es demasiado abierto como para considerarse necesario y adecuado para la protección del bien jurídico. Es simplemente excesivo considerar que sea necesario proteger el ejercicio de todas las obligaciones del cargo de fiscal mediante la imposición de penas, y considerar, por lo tanto, que no exista medio alguno, disciplinario, administrativo o civil, de velar por el correcto funcionamiento de la función del fiscal que no sea la imposición de penas. Por otro lado, una tipificación tan amplia tiende a diluir el fin de la pena. La pena supone la posibilidad de determinar las expectativas que se protegen, que dependen del cumplimiento de un rol determinado, y cuyo cumplimiento se necesita de modo tan fuerte, que requiere de una contraprestación particularmente fuerte. La pena, como

²⁷³ “**Art. 275.** Sufrirán las penas señaladas en el artículo precedente los fiscales del ministerio público que, faltando a su deber de objetividad, realices actuaciones manifiestamente injustas, omitan las debidas o hagan valer ante los tribunales antecedentes falsos o incompletos, torciendo con ello la recta aplicación de la justicia, a menos que el hecho merezca mayor pena.”

²⁷⁴ Los problemas de sistematización que afectan a la presentación de antecedentes falsos por fiscales en el Anteproyecto no dan lugar, sin embargo, a una desconexión absoluta con el bien jurídico. La razón es sencilla. La presentación de antecedentes falsos afecta evidentemente al proceso penal. El problema de sistematización no se relaciona, por lo tanto, con una desconexión con el objeto de protección, sino que con la asimilación a las obligaciones de los jueces, y con la desconsideración del funcionario público como característica relevante en la sistematización.

medio de reafirmación último y más fuerte, supone al mismo tiempo la posibilidad de determinar deberes más fuertes y, en consecuencia, expectativas más importantes. Si todas las expectativas de un rol son protegidas mediante la pena, ésta pierde su función. Eso es precisamente lo que sucede con el reforzamiento general de los deberes del cargo del fiscal.

La tercera forma de acción típica contenida en el Anteproyecto relativa a los deberes de los fiscales es la realización de actuaciones manifiestamente injustas. La excesiva amplitud del supuesto de hecho no es tan exagerada como en el caso anterior, sobre todo porque el calificador deóntico de la norma de comportamiento da lugar a una prohibición –no realizar actuaciones injustas- y no a un mandato –realizar todas las acciones debidas-, pero pese a ello se trata de otro caso extremo de desproporción. La utilización de un calificativo que refuerza el carácter indebido, como el “manifiestamente”, tiende a demostrar precisamente la falta de legitimidad inicial de una calificación tan vaga del injusto de la acción lesiva. Lo que en el caso de los jueces puede ser explicable, puesto que el código “justo” – “injusto” tiene relevancia particular y muy específica en el caso de los jueces, es sumamente inconveniente en el caso de los fiscales del Ministerio Público. Además, nuevamente, esta calificación tiende a hacer imposible de identificar la función de la pena en este caso específico, y tiende a hacer político criminalmente indeseable a este tipo por no tener un contenido específico que permita reconocer los aspectos del bien que requieren, en particular, una protección fuerte. Dejar esa tarea a determinación judicial casi íntegra, es completamente indeseable tanto desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, como desde el principio de legalidad.

b. Proporcionalidad de la obstrucción a la justicia en el Anteproyecto

De las dos formas fuerte de obstrucción a la justicia que contiene el Anteproyecto en su artículo 280,²⁷⁵ aquella tipificada en su inciso segundo comparte, por tener la misma

²⁷⁵ “**Art. 280.** El que, requerido legalmente, se niegue a proporcionar (a los fiscales del Ministerio Público o) a los tribunales de justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan esclarecer

naturaleza, su justificación con la del encubrimiento propiamente tal.²⁷⁶ En ambos casos, se trata de acciones cuyo sentido directo y activo es negar la persecución penal, por lo que pueden ser consideradas acciones fuertes de deslealtad con el derecho.

En cambio, la forma de obstrucción a la justicia del inciso primero –que no es más que una forma de desobediencia- sí tiene problemas evidentes de justificación sustantiva, al punto que su punibilidad específica fue eliminada del Código Penal en el derecho vigente. La razón es evidente. Conforme al principio de proporcionalidad, o a lo que parte de la doctrina conoce como principio de ultima ratio, un tipo es justificable sólo si no existen otros medios menos lesivos que permitan obtener el resultado buscado por la eventual norma penal. En el caso de las desobediencias, evidentemente la forma primaria de obtención del resultado es el apremio directo. Si la desobediencia en la entrega de antecedentes se manifiesta en alguna forma de encubrimiento, por destrucción u ocultación de antecedentes solicitados, por ejemplo, entonces sí tiene sentido castigarla. No tiene sentido, en cambio, cuando es meramente un acto de desobediencia y además tipificado genéricamente, como en el inciso primero del artículo 280 del Anteproyecto.²⁷⁷ En el derecho comparado, las formas de desobediencia que sí son tipificadas exigen de resultados ulteriores que son los que

los hechos punibles (investigados o) enjuiciados, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa dieciséis a veinte tributarias mensuales.

Con la misma pena será castigado el que, sin incurrir en el delito de encubrimiento, destruya, oculte o inutilice posibles medios de prueba a favor de imputado, o aporte antecedentes falsos al ministerio público o a sus órganos auxiliares.

Estarán exentos de responsabilidad penal por estos hechos el imputado, su cónyuge, conviviente y sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive; y en los casos establecidos en inciso primero de este artículo, quienes por ley tienen derecho a no declarar contra el imputado o un deber de guardar secreto.” [Énfasis agregado]

²⁷⁶ Esto es precisamente lo que provoca que, cuando se los quiere mantener como tipos distintos –lo que desde ya no tiene mucho sentido, se produzcan problemas relevantes concursales entre encubrimiento y obstrucción a la justicia, los que fueron tratados de forma deficiente por el Anteproyecto. Cfr. *Infra*. páginas 226 y 227.

²⁷⁷ La inclusión es paradójica, toda vez que una de las decisiones que tomó la Comisión en materia de delitos contra la Administración Pública fue suprimir el antiguo delito de desobediencia genérico, por considerar precisamente que los medios alternativos eran más eficientes. Pese a que ambos mecanismos alternativos, disciplinarios en un caso, mera coacción en el otro, son distintos, es injustificable que se adopte esa decisión respecto de funcionarios públicos, y no respecto de particulares. Al respecto, ver Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, en Polít. Crim. N°1, D3, p. 241. [www.politicacriminal.cl]

justifican su punibilidad, como el retraso del proceso o sobre todo la afeción de derechos fundamentales del imputado. En el caso del Anteproyecto, no se trata más que de una forma genérica de desobediencia sin exigencia de resultados que resulta absolutamente injustificable.

c. Prevaricación del abogado

La sección de prevaricación del abogado del Anteproyecto tiene problemas fuertes de justificación sustantiva, más allá de los problemas ya señalados relacionados con la imposibilidad de reconducir ciertos tipos al bien jurídico Administración de Justicia. En particular, prácticamente todos los recursos utilizados para ampliar la punibilidad de estos tipos, en los artículos 289 y 290 del Anteproyecto,²⁷⁸ tienen fuertes problemas de legitimación sustantiva. El primer recurso utilizado para este fin por la Comisión es prescindir casi completamente del contexto específico del proceso. A partir de esto, y utilizando expresiones completamente abiertas, la Comisión desformaliza la relación que tiene que darse entre cliente y abogado para que sus acciones sean punibles. Ello ya plantea el problema de ajenidad del conflicto respecto del bien jurídico Administración de Justicia, pero además esta reducción de requisitos de imputación hace excesivamente amplio el campo de punibilidad establecido en esta sección.

Por cierto, es evidente que fuera del proceso el abogado tiene la posibilidad de perjudicar fuertemente a su cliente. Eso no es lo conflictivo. Pero la forma de afeción en que puede darse esto no sólo no perjudica la estabilización de expectativas por la vía de la solución de conflictos, sino que además no tiene el mismo campo de afeción que el perjuicio que se puede provocar en un proceso, particularmente en un proceso

²⁷⁸ “**Art. 289.** El abogado o procurador que con abuso de su oficio, perjudique a quien sea o haya sido su cliente o descubra sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que cause, con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión en sus grados mínimo a máximo y multa de once a cien unidades tributarias mensuales.

Art. 290. El abogado o procurador que asesore, represente, patrocine o defienda los intereses de un cliente en contra de otro que sea o haya sido su asesorado, representado, patrocinado o defendido en el mismo asunto, sufrirá las penas de inhabilitación especial en su grado máximo para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.”

criminal donde se ve envuelta la libertad personal. Los otros perjuicios que pueda provocar un abogado, y que no sean constitutivos de otros delitos como estafa o apropiación indebida, no tienen un contenido de injusto suficientemente fuerte para que sea justificable tratarlos como tipos penales. Fuera del contexto específico del proceso, las posibles acciones lesivas que puede cometer un abogado, sean relativas a entrega de información o a la producción de documentos, pueden generar pérdidas de oportunidades importantes o incluso daño patrimonial directo, pero en todos estos casos el remedio adecuado es civil, el que también puede cumplir funciones disuasorias. Y, en el caso que el consejo del abogado contribuya a determinar a una persona a la comisión de un delito, éste pasa a tener importancia adscriptiva en la configuración de un error de prohibición invencible, siempre que no se trate de áreas de derecho penal nuclear, con lo que se reduce su capacidad de afectar la libertad de otro.

La propuesta de la Comisión en relación con delitos de “prevaricación del abogado” se encuentra, por lo tanto, en una tensión fuerte, por dos vías, con el principio de proporcionalidad. Por un lado parte, parte importante de su campo punibilidad no tiene relación funcional con el bien que aquí se trata de proteger- la posibilidad de la libertad de acción a través de la contribución a la estabilización de expectativas normativas mediante la solución de conflictos-. Por otra parte, su excesiva punibilidad alcanza zonas donde existen respuestas funcionales mucho más eficientes, como las sanciones profesionales y la responsabilidad civil, y que además son menos lesivas. Por ello, teniendo en cuenta que se actúa en sede legislativa, mantener una redacción de este tipo es injustificable. Pese a lo anterior, principalmente porque la mayor parte de los problemas reseñados se produce por una utilización excesivamente amplia del lenguaje en la redacción de estos tipos, se volverá sobre estos problemas en el próximo capítulo, de forma que, pese a resultar en definitiva excluidos de esta propuesta porque su núcleo es ajeno a la Administración de Justicia, al menos se pueda presentar una crítica de lo que en todo caso es inadmisibles para posibles referencias en la tipificación definitiva de estos tipos.

3. La determinación de la penalidad: Penalidad auxiliar por afección a bienes jurídicos individuales

Existen, finalmente, problemas de legitimación sustantiva en la determinación de la penalidad. La crítica al respecto no tiene pretensiones de servir como base para la determinación de la pena político criminalmente idónea en estos tipos. La determinación precisa de la penalidad, y por lo mismo la determinación de la importancia o de la necesidad de refuerzo de los bienes lesionados, le corresponde, con limitaciones, al legislador real. Pero para poder llevar a cabo una valoración correcta, es necesario poder contar, en primer lugar, con un análisis de los posibles bienes que pueden afectar las acciones típicas y, en segundo lugar, con una valoración comparativa de la afección que a éstos produce cada una de esas acciones. Y ello sí es una labor en que resulta decisiva la realización de un análisis no volitivo.

Al respecto, existen una clase de tipos en los que la graduación de la pena resulta conflictiva. En la prevaricación de los jueces, la falta de relevancia de la afección a bienes jurídicos auxiliares resulta problemática.

a. La penalidad en las prevaricaciones

Dos problemas relativos a la penalidad se presentan en la propuesta de tipificación de la prevaricación en el artículo 274 del Anteproyecto.

El primer problema es relativo a su forma omisiva. Desde el punto de vista de la afección a lo que constituye la Administración de Justicia como bien jurídico, lo central en la lesividad de la prevaricación es precisamente la declaración de estabilidad de expectativas que no son expectativas reconocidas por el Derecho. O, dicho de un modo normativo, la lesividad de la prevaricación propiamente tal se manifiesta en la declaración por parte de un actor calificado de aplicabilidad de una norma que no tiene

validez o que resulta inaplicable.²⁷⁹ La omisión de la dictación de una sentencia podría considerarse lesiva de la Administración de Justicia como bien jurídico, ya que implica una afección a la expectativa de estabilización de expectativas que debieran estabilizarse. Pero en ningún caso afecta al bien jurídico de la misma forma que lo afecta la forma activa.

El segundo problema se refiere a la forma activa. Es indudable que como forma de lesión primaria y directa de la Administración de Justicia, ésta en abstracto merece una penalidad importante dentro de la graduación de las penas en las distintas formas de delitos contra la Administración de Justicia. No obstante, la prevaricación puede además resultar directamente en una fuerte lesión de bienes jurídicos individuales, lo que aumenta considerablemente su disvalor de injusto. Esto se puede dar tanto respecto de la libertad individual, en procesos criminales que resulten en prisión preventiva o sentencia condenatoria, como respecto de la propiedad y el patrimonio, lo que sucede en prácticamente cualquier procedimiento en que haya prevaricación. Como la afección a la propiedad o al patrimonio es casi necesaria a la prevaricación, salvo precisamente cuando hay afección directa a la libertad de acción, se suele entender incorporados en el disvalor original de injusto de la prevaricación esta afección a la propiedad o al patrimonio. Por ello, y de forma consistente con el principio de *ne bis in idem*, en el derecho comparado no es usual encontrar formas calificadas del delito por afección a la propiedad o al patrimonio. En ese sentido es irrelevante, para la penalidad, el que juez dicte una sentencia manifiestamente injusta que prive de millones dólares a una persona, o que le prive de una renta de arrendamiento de 100 mil pesos. La medida de la afección al patrimonio no es relevante, y el hecho que se afecte la propiedad tampoco.

No sucede lo anterior con la afección a la libertad individual. Cuando la prevaricación causa, directamente, la privación de libertad, el mayor disvalor de la acción es tan

²⁷⁹ La comisión de prevaricación propiamente tal implica la aplicación de una norma inválida –no perteneciente al sistema jurídico–, la aplicación de una norma que no pertenece al sistema jurídico del caso, la aplicación de una norma que no resulta aplicable propiamente, o la no aplicación de una norma válida que resulta claramente aplicable. En general, se ha intentado agrupar esto bajo la idea de normas no válidas o no aplicables, aunque ello puede resultar impreciso.

fuerte que no es sensato ignorarlo. En el derecho comparado casi unánimemente se aumenta la penalidad en estas situaciones, si es que no se le considera derechamente un tipo distinto con una penalidad sustancialmente superior. En el Código Penal Alemán, la persecución de no culpables y la ejecución contra no culpables de sus secciones 344 y 345 tienen prevista una pena de 1 a 10 años de privación de libertad, en contraposición a una pena de 1 a 5 años asignada a la prevaricación en la sección 339. En el Código Penal Español, la graduación de la pena en tres supuestos distintos en el artículo 446,²⁸⁰ depende del tipo de procedimiento, y por lo mismo del grado de afeción que puede significar a la víctima de la prevaricación, exasperándose la pena de prevaricación en caso que se ejecute la pena impuesta la víctima. En todo estos casos, la relevancia de la afeción a la libertad individual es manifiesta.²⁸¹

En el Anteproyecto, en cambio, el objetivo fue ampliar en la mayor medida posible la punibilidad de la prevaricación, y para eliminar toda referencia descriptiva a ésta, se eliminaron todas las hipótesis específicas de prevaricaciones. Ello da lugar a que no se incluyan distinciones de penalidad. Ello no es, en principio, conflictivo, salvo precisamente en que desconoce las situaciones de mayor relevancia en la prevaricación.²⁸²

b. Digresión sobre la penalidad del falso testimonio

²⁸⁰ Respecto de las referencias al Código Penal Español y al Código Penal Alemán, Cfr. Anexo III del presente trabajo.

²⁸¹ Por cierto, en un modelo que no manifieste directamente esta relevancia, cuando la afeción a la libertad individual tiene primacía funcional en el plan del autor es eventualmente posible imputar directamente privación de libertad, por lo que la inclusión de supuestos específicos de privación de libertad por los jueces no es político criminalmente necesaria, sólo resuelve problemas concursales. Pero al decidir respecto de la tipificación de los delitos de jueces es absolutamente necesario tener en mente que excluir supuestos específicos de privación de libertad mediante prevaricación, implica conceder la existencia, según el caso, de un concurso ideal o incluso de un concurso material entre la prevaricación y la privación de libertad, mientras que incluir supuestos específicos implica afirmar como decisión legislativa que, a menos que existan varios acciones, sólo hay un concurso aparente.

²⁸² Desde un punto de vista práctica, esto da además lugar a mayores problemas concursales en los casos en que haya privación de libertad como resultado de la prevaricación. Y ello es radicalmente contradictorio con el objetivo declarado de la Comisión de simplificar al máximo posible la prevaricación, ya que es evidente que el problema de imputación que se crea en las relaciones con los delitos contra la libertad es mucho más conflictivo, y complejo, que la inclusión de un tipo especial o de una calificación de la prevaricación genérica.

El falso testimonio constituye, probablemente, el caso paradigmático de un delito que se suele graduar en relación con el daño cometido. Históricamente, la forma de graduación de la penalidad del falso testimonio ha sido fuertemente variable, llegando al punto de ser completamente indeterminada en el antiguo derecho hebreo, en el que la magnitud de la pena depende completamente del daño causado con la declaración falsa, lo que fue recogido por largo tiempo en el derecho chileno. Una graduación de este tipo del falso testimonio, además de ser manifestación de un retribucionismo burdo²⁸³, expresa precisamente que no se lo considera un delito contra la Administración de Justicia, sino una forma de delito con objeto de afección variable. Si se reconoce, en cambio, que el falso testimonio es un delito contra la Administración de Justicia, la graduación de la pena no puede variar de esa forma.

Sin embargo, de la misma forma que en la denuncia o acusación calumniosa, o incluso de forma similar a la prevaricación, el falso testimonio puede causar daños auxiliares a bienes jurídicos individuales. Ello se suele reconocer en el derecho comparado. Así por ejemplo el artículo 458 número 2 del Código Penal Español le asigna al falso testimonio contra el imputado en causa criminal una pena superior al supuesto residual del artículo 458 número 1.²⁸⁴ Asimismo, dentro de su gran cantidad de supuestos, el artículo 434-14 del Código Penal Francés le asigna una pena superior al falso testimonio en dos casos: cuando se hace en causa criminal contra un imputado que arriesga pena privativa de libertad, o cuando se hace por recompensa.²⁸⁵ Pese a que

²⁸³ Un retribucionismo burdo que, además, tiene fuertes problemas de justificación de la penalidad tanto prescriptivamente, ya que es difícil identificar en rigor que la declaración falsa es una causa directa del daño, como adscriptivamente, ya que, en cualquier caso, si es que existe una conexión causal verificable, imputarla objetivamente es aún más complicado.

²⁸⁴ “**Artículo 458.** 1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses. 2. **Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.** 3. Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencia derivadas de ella, o sea realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero.” [Énfasis agregado]

²⁸⁵ Art. 434.14. Se castigará el falso testimonio con siete años de privación de libertad y una multa de 100.000 Euros: 1. Cuando es provocado por la entrega de una recompensa cualquiera; 2. Cuando aquel contra quien o a favor de quien se da el falso testimonio es sujeto de una sanción penal”. Traducción

no se puede reconocer directamente, como en el caso español, una tentativa de protección de la libertad individual, el Código Penal Francés reconoce una cierta necesidad de graduación. En el derecho Alemán, en cambio, existe un rechazo fuerte a la aceptación de la inclusión de afecciones a derechos individuales auxiliares, al punto que la principal variable de la que depende la penalidad del falso testimonio es si el falso testimonio se encuentra juramentado o exige juramento, o si en cambio no lo hace. En una comprensión no religiosa del juramento, la única forma de entender este incremento de penalidad se da por la necesidad de reforzar, por su importancia funcional en la Administración de Justicia, la estabilidad de los juramentos y, en definitiva, de ciertos contextos, en particular el contexto específico del proceso. Este es el caso paradigmáticamente funcionalista de la graduación de la pena en el falso testimonio.

La Comisión no tomó una decisión valorativa al respecto y mantuvo el sistema del derecho vigente que, con algunos cambios, recoge la idea española de graduar en conformidad con la afección a derechos individuales. Pese a que se trata de una idea sensata y con cierto arraigo en la tradición, presenta algunos problemas de consistencia con la función del tipo y problemas de causalidad con el daño que se imputa, los que no se encuentran presentes en el caso de las prevaricaciones. Sobre esto también volveremos más adelante, en el Capítulo VI, asumiendo ambas propuestas como válidas para argumentar en torno a la elección de una.

C. Sistematización del Anteproyecto

Existen fuertes problemas de justificación sustantiva de la propuesta de delitos contra la Administración de Justicia del Anteproyecto. Varios tipos, incluso sub-secciones enteras, no son reconducibles al objeto de protección que pretenden, y en muchos otros casos, aunque tengan una conexión funcional, el grado de afección del bien jurídico no amerita la forma de tipificación que eligió el Anteproyecto. Sucede lo

propia de: « **Art. 434-14.** *Le témoignage mensonger est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 Euro d'amende: 1° Lorsqu'il est provoqué par la remise d'un don or d'une récompense quelconque ;2° Lorsque celui contre lequel o en faveur duquel le témoignage mensonger a été commis est passible d'une peine criminelle.* » Tomado de www.legifrance.gouv.fr.

primero, por ejemplo, en la sección de prevaricación del abogado, o con la receptación y el lavado de dinero, cuyo objeto de protección es completamente ajeno a la Administración de Justicia como bien jurídico. Sucede lo segundo, por ejemplo, con la amplísima tipificación de los delitos de fiscales del Ministerio Público contenidos en el artículo 275. Además, pueden reconocerse problemas de graduación o falta de graduación de la penalidad, sobre todo en lo relativo a los delitos de jueces.

La crítica que se presentará a continuación, en relación con la sistematización del apartado de delitos contra la Administración de Justicia del Anteproyecto, se sitúa en el umbral entre una crítica relacionada con la norma de comportamiento, una crítica de objeto y función, y una crítica relacionada con la norma de sanción, una crítica de medio. Una sistematización correcta supone una comprensión adecuada de las formas de obligación que se encuentran envueltas en un junto de tipos, todos los cuales se reconducen –de distinta forma- a un mismo objeto de protección. Por ello, la ordenación correcta de estos tipos supone tanto una comprensión correcta de los deberes en cuestión, como de las formas de protección del bien jurídico. Esto además repercute sobre un problema de imputación central: los concursos.

Para poder construir de la manera más completa posible la crítica de la sistematización de los delitos contra la Administración de Justicia en el Anteproyecto, en primer lugar se presentará brevemente la forma de sistematización que toma en distintos sistemas del derecho comparado la categoría, para luego evaluar cuáles, si algunos, sirvieron de modelo al Anteproyecto. Posteriormente se tratará un problema central de cualquier sistematización de delitos contra la Administración de Justicia, el problema de las relaciones con los delitos contra la Administración Pública, y finalmente se presentará una crítica general en este punto.

1. La sistematización de los delitos contra la Administración de Justicia en el derecho comparado²⁸⁶

A lo largo de este trabajo se han asumido principalmente tres códigos penales para contrastar con el Anteproyecto. Por su importancia relativa en Chile, y sobre todo por su importancia para el Anteproyecto, el primero es el Código Penal Español. Por su importancia central en el desarrollo del derecho penal continental, el otro código que ha jugado un rol importante es el Código Penal Alemán. Asimismo, por tener criterios completamente opuestos, y debido a la evidente influencia histórica del derecho penal francés en la codificación hispana y chilena, la que sin embargo se ha diluido con el tiempo, se ha analizado en algunos pasajes el Código Penal Francés. Para poder exponer de forma más clara y explícita el origen de parte de la crítica, se presentará a continuación una exposición de la sistematización de los delitos contra la Administración de Justicia en estos códigos, para posteriormente analizar sus aspectos relevantes en relación con la propuesta del Anteproyecto.

a. Los delitos contra la Administración de Justicia en el Código Penal Español de 1995

El apartado de delitos contra la Administración de Justicia del Código Penal Español se encuentra dividido en nueve Capítulos. Su clasificación es, en varios aspectos, similar a la del Anteproyecto, aunque tiene diferencias muy relevantes. Más adelante se analizará con mayor detalle la relevancia de esto. Por ahora sólo nos interesa revisar directamente algunos capítulos particularmente relevantes de la tipificación española de los delitos contra la Administración de Justicia.

Los delitos de jueces se concentran en el Capítulo I,²⁸⁷ el que agrupa todos los delitos que denomina “prevaricación”. Con ello, la idea de prevaricación se reduce

²⁸⁶ Pese a que se expondrá con cierto detalle la sistematización en el derecho comparado, citando en buena medida los tipos en cuestión, el Anexo III del presente trabajo incluye una transcripción de las normas relevantes del Código Penal Español y del Código Penal Alemán que puede servir para seguir de mejor forma esta exposición.

²⁸⁷ “CAPÍTULO I De la prevaricación.

Artículo 446. El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1º. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad

exclusivamente a delitos cuyo sujeto activo es exclusivamente un juez, aunque incluye más supuestos típicos en lo relativo a los jueces que el Anteproyecto. Al excluir otros sujetos activos de este capítulo –como funcionarios públicos o fiscales del Ministerio Público- la sistematización del Código Penal Español simplemente reproduce los deberes especiales de los jueces, lo que ciertamente es acertado.²⁸⁸

El Capítulo III trata del encubrimiento.²⁸⁹ A diferencia del Anteproyecto, que en formas de favorecimiento hace distinciones entre obstrucción a la justicia y encubrimiento, el

superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. 2º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta. 3º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.

Artículo 447. El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Artículo 448. El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

Artículo 449. 1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima. 2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior.”

²⁸⁸ El Capítulo II, contiene un delito específico al derecho penal español, la omisión del deber de impedir delitos y del deber de socorro. Como tal, su análisis es irrelevante para la crítica de la sistematización del Anteproyecto, aunque puede resultar relevante para la producción de una propuesta alternativa. Este delito fue introducido en 1951 al Código Penal anterior y fue mantenido por el Código Penal de 1995. Aquí se protege un deber de solidaridad general, pero que parece trascender y ser ajeno a la Administración de Justicia. En el contexto español, se ha intentado justificar su inclusión en esta sección señalando que la tarea de prevención de delitos es parte de la Administración de Justicia, y que por lo mismo forma parte de esta sección. Más allá de que en rigor el bien jurídico Administración de Justicia sea completamente ajeno a la prevención de delitos, es evidente que considerar que el deber que pretende imponer este delito se asocia al deber de solidaridad con la Administración implicaría asignar al ciudadano común un deber general que no es verosímil, ni sensato, pensar que puede asignársele. Si existe un deber de solidaridad es con el respeto de los bienes del otro, cuyo contenido moral es indudable. No así un deber de participación en la persecución penal y en la prevención general de los delitos, lo que tiende a distorsionar deberes del Estado. Mucho menos violento, y por ello menos conflictivo sustancialmente, es el delito de omisión de deber de promover la persecución de delitos, que impone la obligación no ya de prevenir directamente un delito, sino la obligación de denunciar a autoridades. Aunque sea conflictivo imponer obligaciones generales de denuncia, las que son ajenas a nuestro ordenamiento, es mucho más conflictivo imponer obligaciones generales de prevención. Al respecto **Muñoz Conde**, Op.Cit. N° 97, página 956.

²⁸⁹ “CAPÍTULO III. Del encubrimiento

Código Penal Español concentra todas estas clases de acciones en este capítulo. Ello es importante, ya que permite evitar ciertos problemas sistemáticos que, como se verá, presenta al respecto el Anteproyecto en las relaciones entre la sección de encubrimiento y la sección de obstrucción a la justicia. Asimismo, este capítulo excluye las situaciones de aprovechamiento directo por parte del actor de los efectos del delito, como en la receptación o en el lavado de dinero. Es decir, lo que hace el Código Penal Español, correctamente, al no agruparlos, es manifestar que el criterio de clasificación que siempre debe primar es el objeto de protección. En ese sentido la sistematización que hace el Código Penal Español a este respecto es mucho más consistente que la sistematización del Anteproyecto.²⁹⁰

Artículo 451. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1°. Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. 2°. Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. 3°. Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, rebelión, terrorismo u homicidio. b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave.

Artículo 452. En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena en su mitad inferior.

Artículo 453. Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena.

Artículo 454. Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1° del artículo 451.”

²⁹⁰ El Capítulo V agrupa la acusación y denuncia falsa – “calumniosa” en el derecho chileno – con la simulación de delitos. Esto no se analizará en detalle por haber sido excluido del trabajo. Pese a ello, esta agrupación presenta interés, sobre todo porque parte importante de la doctrina la critica en su sistematización. Esto es contradictorio con el hecho que, si se considera a la denuncia o acusación calumniosa como delito que afecta, por utilización indebida excesiva, a la Administración de Justicia en el contexto de la persecución penal, entonces su estructura de afección a ésta es enteramente similar a la simulación de delito, y también a la forma de “obstrucción a la justicia” que contempla actualmente el derecho chileno vigente en el artículo 269 bis del Código Penal. Por ello esta agrupación es expresión de consistencia en la sistematización. Cfr. **Muñoz Conde**, Op.Cit. N°97, páginas 926 y 930.

El Capítulo VI²⁹¹ agrupa los supuestos de falso testimonio. El criterio de clasificación interno es bastante simple, tratando en el artículo 458 las formas de falso testimonio propiamente tal, en el artículo 459 la falsedad del intérprete o perito, y en el artículo 460 formas más débiles de falsedad de cualquiera de estos sujetos. Finalmente el artículo 461 castiga la presentación de pruebas falsas, que también tiene exactamente la misma forma de afección al bien jurídico que el falso testimonio. Este capítulo, con algunas diferencias relevantes, es similar a la sección de falso testimonio del Anteproyecto, pese a no haberle servido de fuente directa en su configuración interna. El Capítulo VII²⁹² contiene lo que el Código Penal Español denomina obstrucción a la justicia, así como distintas formas de deslealtad profesional del abogado. Este capítulo

²⁹¹ “**CAPÍTULO VI Del falso testimonio**

Artículo 458. 1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses. 2. Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado. 3. Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencia derivadas de ella, o sea realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero.

Artículo 459. Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, las cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años.

Artículo 460. Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, lo alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años.

Artículo 461. 1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores. 2. La misma pena se impondrá al que conscientemente presente en juicio elementos documentales falsos. Si el autor del hecho lo hubiera sido además de la falsedad, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior. 3. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.”

Artículo 462. Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado.

²⁹² **CAPÍTULO VII De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional**

Artículo 463 1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciere por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión. 2. Si el responsable de este delito

agrupa cuestiones sumamente heterogéneas que se producen, todas, en el contexto del proceso.²⁹³ Su única relevancia, radica en la absoluta heterogeneidad que presenta, tanto entre sus propios tipos, como respecto de los tipos contenidos en el Anteproyecto y otros códigos. Sin embargo, en parte importante de los casos que incluye, entre los que se cuenta el supuesto de desobediencia del artículo 463, existe alguna forma de afección al proceso.²⁹⁴

fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años. 3. Si la suspensión tuviere lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del juez o miembro del tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial, se impondrá la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años.

Artículo 464. 1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa seis a veinticuatro meses. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena su mitad superior. 2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos.

Artículo 465. 1. El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años. 2. Si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses.

Artículo 466. 1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años. 2. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior. 3. Si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior.

Artículo 467. 1. El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años. 2. El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años. Si los hechos fueran realizador por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años. “

²⁹³ Así lo asume, por lo demás, expresamente parte de la doctrina, que reconoce su carácter compensador de cierta disfuncionalidad. Por ejemplo, **Muñoz Conde**, *Ibíd.* páginas 941 y siguientes.

²⁹⁴ El supuesto que resulta más ajeno al contexto especial del proceso, es el supuesto de “represalias” del artículo 464 número 2, puesto que se produce fuera del ámbito mismo del proceso. Puede intentar construirse una relación oblicua, por cuanto puede afectar a potenciales testigos en su voluntad de actuar

Resulta claro, a partir de lo expuesto, que el Anteproyecto y el Código Penal Español tienen una similitud importante en materia de sistematización de la categoría. Varias de las secciones del Anteproyecto tienen secciones con un contenido en apariencia similar al del Anteproyecto, lo que se refleja incluso en los nombres del capítulo o sección en cuestión. Eso sucede con la prevaricación, el encubrimiento, la obstrucción a la justicia o el falso testimonio, en que es incluso la secuencia que siguen es muy similar, lo que es sumamente distinto a lo que puede verse en el Código Penal Alemán o en el Código Penal Francés. Esto demuestra que más allá de haber cambios relevantes sobre todo al interior de las distintas secciones, el Código Penal Español fue el modelo general, desde el cual fue construyéndose la propuesta propia de la Comisión, en materia de sistematización de los delitos contra la Administración de Justicia.²⁹⁵ En ese sentido, como se verá posteriormente, el análisis más interesante respecto de la sistematización no es respecto de lo que es similar entre el Anteproyecto y el Código Penal Español, sino de lo que es distinto.

b. La dispersión de delitos contra la Administración de Justicia en el Código Penal Alemán²⁹⁶

El Código Penal Alemán tiene una sistematización de la Parte Especial que no fue seguida por el Anteproyecto, ya que la Comisión prefirió sistematizar siempre en torno a los bienes jurídicos identificados. Pese a que, en general, el Código Penal Alemán utiliza este criterio respecto de bienes jurídicos individuales, no lo sigue siempre en materia de intereses difusos y bienes jurídicos colectivos. Por ello no existe una categoría de delitos contra la Administración de Justicia.

en un contexto teóricamente seguro –además de pretendidamente verosímil– como el proceso. Pero ya la necesidad de esta construcción oblicua demuestra que es un supuesto difícilmente justificable.

²⁹⁵ En el caso de la redacción de los tipos, en cambio, la Comisión prefirió utilizar el derecho vigente chileno y cambiar lo que consideró más urgente, siendo menos relevante el Código Penal Español como modelo. Eso no sucede respecto de la sistematización y construcción del título en general, ya que el derecho vigente era inaplicable al respecto.

²⁹⁶ Respecto de todas las citas al Código Penal Alemán, Cfr. Anexo III. El texto traducido del Código Penal Alemán, con algunos cambios propios, fue tomado de la traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, 1999, en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/stgb.pdf>.

Las secciones más relevantes del Código Penal respecto de los tipos que nos interesan son la Sección Novena, respecto del falso testimonio y el perjurio, la Sección Décima, que incluye el delito de imputación falsa, la Sección Vigésimo Primera, en que se concentran formas de favorecimiento y otras formas de actuación posterior al delito, y la Sección Trigésima, que agrupa los hechos punibles en el ejercicio del cargo público, incluyendo los hechos punibles en el ejercicio de la función judicial. Es decir, hay una dispersión casi completa de los tipos en cuestión.

La Sección Novena es contigua a otras secciones de falsedades, aunque no hay supra-agrupaciones explícitas en el Código Penal Alemán que permitan considerarla directamente parte de éstas. Internamente, esta sección se organiza en torno a una distinción central, que ya fue explicada, entre declaraciones falsas no juramentadas y perjurio, contenidas en los §153 a 155.²⁹⁷ Todas las demás disposiciones tienen por objeto solucionar problemas creados por estos dos tipos, sean éstos prescriptivos, mediante justificaciones específicas, o derechamente adscriptivos, por ejemplo en relación con la identificación del juramento. La Sección Décima, relativa a la imputación falsa (denuncia o querrela calumniosa en nuestra tradición) no tiene clasificaciones internas puesto que recoge un solo supuesto, pese a descomponerlo en dos para solucionar posibles ambigüedades.

La Sección Vigésimo Primera agrupa el encubrimiento, tipificado como favorecimiento o impedimento de castigo, la receptación y el lavado de dinero. Al no existir una agrupación centrada en el objeto de protección, una agrupación como esta, hecha exclusivamente a partir de criterios adscriptivos, es posible. La distinción central de la categoría, entre las dos figuras más cercanas – favorecimiento e impedimento – simplemente distingue entre ayuda a otro para que éste se asegure las ventajas de un hecho antijurídico, o ayuda a otro para impedir que éste sea castigado. Ambas formas no tienen requisitos generales adicionales una respecto de otra, a diferencia del lavado de dinero, que tiene una serie de requisitos adicionales, y de la receptación, en que hay favorecimiento del propio imputado y en que además debe haber un delito contra

²⁹⁷ Ver Supra. página 120.

la propiedad anterior. Ello demuestra que las obligaciones que contienen estos tipos no tienen una naturaleza similar.²⁹⁸

La Sección Trigésima constituye una especie de categoría de delitos contra la Administración Pública, sin distinción entre Administración Pública y Administración de Justicia. La clasificación, sin embargo, no se centra completamente en el objeto de protección, y por lo mismo no implica necesariamente una decisión valorativa del legislador de considerar ambas funcionalmente equivalentes. De hecho la dogmática Alemana suele hacer la distinción entre ambos bienes jurídicos. La categoría se distingue por una limitación del sujeto activo, mediante la utilización de la calificación genérica “titular de un cargo”, o de alguna calificación específica, en particular “juez” en los delitos de prevaricación. El tratamiento conjunto le otorga la gran ventaja de aprovechar todos los tipos de sujeto amplio e incluir a los jueces exclusivamente para aumentar la penalidad, constituyendo constantemente delitos especiales impropios de jueces de delitos especiales propios de funcionarios públicos. Eso sucede con la aceptación de ventaja del § 331, con la corruptela del § 332, y con el cohecho del § 334. Además, le permite distinguir con mucha mayor precisión los supuestos que precisamente implican infracciones de obligaciones ligadas conceptualmente a la Administración de Justicia como bien jurídico, y no con meras conexiones de otro tipo. El caso evidente es la prevaricación, contenida en el § 339, que pese a tener una ampliación del espectro de sujetos activos, incluyendo casi por resignación la fórmula genérica “otro titular de un cargo”, es naturalmente un delito de jueces y por ello su primer sujeto activo, su sujeto activo natural, es el “juez”. La sección además contiene otros tipos con una conexión con la Administración de Justicia por realizarse en el contexto específico del proceso, pero cuyo sujeto activo no se reduce a jueces. Los casos más importantes son la obtención de declaración mediante violencia del § 343, tipificada como obstrucción a la justicia en el contexto español, la persecución de no

²⁹⁸ En el Anteproyecto, en cambio, parte de estas exigencias se diluyen. Es lo que sucede con el requisito de afección a la propiedad en la recepción. Esto se produce precisamente porque, si el bien jurídico es la Administración de Justicia, la propiedad no puede ser el objeto explícitamente protegido por el tipo. Pero lo sensato no es eliminar requisitos de imputación para hacer calzar un tipo en una categoría ajena, sino sistematizar correctamente en relación con el verdadero objeto protegido.

culpables del § 344, y la ejecución de penas y medidas contra no culpables del § 345, además del caso particular de violación de secretos de audiencia del § 353d.

La sistematización del Código Penal Alemán tiene una serie de ventajas que se han mostrado, por lo que en algunos casos puede ser un buen modelo. Pero al incluirlo como modelo es sumamente importante tener en cuenta que sus criterios de sistematización explícita varían, por lo que no siempre resulta plenamente aplicable.

c. El Código Penal Francés²⁹⁹

Pese a que es evidente que el Nuevo Código Penal Francés no sirvió de modelo de ninguna clase para el Anteproyecto, su interés radica precisamente en eso. Es una forma de tipificación que no puede servir de inspiración general porque está construida sin las formas que la dogmática de influencia alemana utiliza. Por ello, porque muchas veces expresa de mejor forma intuiciones político criminales no filtradas por los conceptos dogmáticos, es un buen modelo de contraste.

El Capítulo IV del Libro II del Nuevo Código Penal Francés contiene una sección específica de delitos contra la Administración de Justicia. En este capítulo muchas veces no se incluyen delitos que tradicionalmente se consideran contra la Administración de Justicia, como la denuncia o acusación calumniosa, paradójicamente de influencia francesa en la recepción hispana. Dentro de lo que podría considerarse los delitos contra la Administración de Justicia, o lesiones a la acción de la justicia como lo define el Nuevo Código Penal, hay tres secciones.

La Sección Primera trata principalmente de acciones cuyo objeto es impedir o dificultar la persecución penal. Por ello incluye un tipo general de no denuncia, un tipo de obstrucción a la justicia construido como destrucción o ocultamiento de antecedentes de un delito, un tipo de coacciones a no denunciar, y un tipo de encubrimiento en los artículos 434-1 a 434-7. La agrupación es sorprendentemente parecida a la

²⁹⁹ El Código Penal Francés puede consultarse en www.legifrance.gouv.fr

agrupación del Capítulo VII del apartado de delitos contra la Administración de Justicia del Código Penal Español.³⁰⁰

La Sección II agrupa lo que considera afecciones al ejercicio de la justicia. Aquí se concentran una serie de actos absolutamente heterogéneos que van desde la denegación de justicia por un juez en el artículo 434 – 7 -1, a amenazas a jueces. Se trata de una tipificación centrada en casos particulares y sin clasificación interna consistente. El único criterio que parece existir en esta sistematización, es que se trata de acciones que se identifican como atentados a la Administración de Justicia sin formar parte de la Sección I ni de la Sección III.

Finalmente la Sección III trata de atentados a la autoridad de la justicia, lo que no tiene mucha relación con la Administración de Justicia como bien jurídico, divididos en atentados al respeto a la justicia y la evasión.

Lo interesante de la tipificación del Nuevo Código Penal Francés es que, más allá de incluir alguna figuras que en contextos de influencia alemana parecen extravagantes, identifica las mismas necesidades de punición que el Código Penal Español y que el Código Penal Alemán, incluso en supuestos sumamente precisos como en el encubrimiento, y lo hace con mucho mayor detalle precisamente por confiar menos en las reglas generales.

2. Múltiples modelos

La Comisión Foro Penal, en la elaboración del capítulo de delitos contra la Administración de Justicia, parece haberse servido de un **modelo general**, el Código Penal Español de 1995, y haber utilizado un **modelo revisor**, el Código Penal Alemán.

La identificación general de los supuestos que debía incluir su categoría de delitos contra la Administración de Justicia, así como sus subdivisiones más importantes, y la forma que asume la secuencia de secciones de la categoría, parece haberse hecho a

³⁰⁰ Ver Supra. páginas 188 y 189.

partir del Código Penal Español. Por ello lo catalogamos de modelo general. Prácticamente todas de las secciones de esta categoría del Anteproyecto también están incluidas en el Código Penal Español, y éste además contiene una configuración similar de sus tipos, en al menos cuatro secciones: la prevaricación, el falso testimonio, la denuncia o querrela calumniosa, y la prevaricación del abogado. Con modificaciones en el nombre, y en muchos casos con una tipificación más detallada y cerrada, todas ellas constituyen secciones independientes en el Código Penal Español, al igual que en el Anteproyecto. Ello demuestra claramente el carácter de modelo general que tuvo el Código Penal Español en la configuración de esta categoría.

Por lo anterior, el principal interés del análisis a partir del Código Penal Español en esta materia, es la identificación de diferencias importantes en el Anteproyecto, que impliquen un distanciamiento del modelo general, para posteriormente construir explicaciones de este distanciamiento que ayuden a entender, y criticar, las decisiones de la Comisión.

Al respecto, se pueden identificar varias diferencias. En primer lugar, en la sección de la prevaricación, se pasó de un sistema con varios supuestos a un sistema con un solo supuesto. Asimismo en la sección 2 del Anteproyecto se agrupó encubrimiento, receptación y lavado de dinero, lo que no sólo no fue agrupado en el Código Penal Español, sino que los últimos corresponden derechamente a otras categorías de delitos. En tercer lugar, la sección 3 del Anteproyecto tiene un contenido completamente distinto a la sección correspondiente del Código Penal Español. Por último la sección 6 del Anteproyecto es mucho más amplia que el Capítulo VII de deslealtad profesional del Código Penal Español, además de constituir una categoría autónoma, lo que no sucede en el Código Penal Español, en donde los delitos de abogados se insertan en los delitos contra el contexto específico del proceso que constituyen a la obstrucción a la justicia. El Anteproyecto, a ese respecto, es radicalmente diferente del Código Penal Español.³⁰¹

³⁰¹ La razón de la diferencia también es bastante clara. El Anteproyecto mantuvo una configuración de la obstrucción a la justicia similar a la del Código Penal pre-reforma del 2005, y mantuvo una forma similar

Respecto de la primera diferencia del Anteproyecto con el Código Penal Español -la tipificación de la prevaricación– el modelo revisor, el Código Penal Alemán, parece haber jugado un rol importante. El Código Penal Alemán contiene sólo un supuesto específico de delito de juez, la prevaricación del § 339³⁰², constituyendo todos los demás tipos especiales impropios de jueces, dentro de tipos especiales propios de funcionarios públicos. La Comisión intentó, tal vez correctamente, imitar este modelo, cuyas ventajas ya se señalaron en el punto anterior.³⁰³ Pero en un contexto de distinción entre delitos contra la Administración Pública y delitos contra la Administración de Justicia, lo que no sucede en Alemania, adoptar un modelo tal es sumamente complejo y requiere de un trabajo delicado. Además, las diferencias respecto del modelo general, el Código Penal Español, sólo pueden considerarse como tentativas correctas de acercamiento al modelo alemán en relación con la prevaricación propiamente tal –del juez - contenida en el artículo 274 del Anteproyecto, y no así respecto de los supuestos de prevaricación de fiscales del Ministerio Público y de la prevaricación administrativa, que parecen más bien una originalidad de la Comisión, las que no fueron muy bien logradas tanto por problemas de justificación sustantiva ya reseñados, como por problemas sistemáticos y de redacción legislativa, lo que se verá más adelante.

La segunda diferencia es también derechamente un intento de acercamiento al Código Penal Alemán, el que agrupa, a diferencia de parte importante del derecho comparado, encubrimiento, receptación y lavado de dinero. Pero mientras en el punto anterior la idea de acercarse al modelo alemán era sensata e interesante, en este punto es inadmisibles. Si el criterio primario de clasificación, que no puede ser contradicho, es la agrupación en torno a un bien jurídico, entonces es simplemente un error esta idea de la Comisión de hacer primar consideraciones adscriptivas por sobre consideraciones

–aunque ampliada– de los delitos de abogados. Como se verá más adelante, en ambas decisiones se cometieron errores importantes.

³⁰² Respecto de todas las citas al Código Penal Alemán, Cfr. Anexo III. El texto traducido del Código Penal Alemán, con algunos cambios propios, fue tomado de la traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, 1999, en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/stgb.pdf>.

³⁰³ Ver Supra. página 192.

prescriptivas.³⁰⁴ De hecho, la falta de sensatez de esta decisión es tan relevante, que obligó al Anteproyecto a eliminar la afección a la propiedad que requiere la receptación, lo que la transforma en un tipo completamente distinto y difícilmente justificable.

Las otras dos diferencias, relativas al contenido específico de la obstrucción a la justicia, lo que también es extensible, pero de forma menos criticable, al falso testimonio, y a la prevaricación del abogado, no pueden explicarse como tentativas de acercamiento al modelo alemán. Al contrario son, en el primer caso, un intento de mantención de la propia tradición chilena, y en el segundo un intento de superación de la tradición del Código Penal vigente, mediante una ampliación injustificable de su punibilidad. En este último caso, como ya se ha explicado³⁰⁵, tanto la pretensión de mantener la tradición, agrupando los delitos de deslealtad profesional en la categoría de delitos contra la Administración de Justicia, como la pretensión de superar la tradición, mediante una ampliación fuerte de su punibilidad, son injustificables. Si se quieren mantener los delitos de deslealtad profesional en los delitos contra la Administración de Justicia, la única opción posible, aunque inverosímil, es limitarlos a campos de actuación en el proceso, e incluso en ese caso es conveniente trasladarlos. El Código Penal Español tomó la decisión explícita de hacerlo de esta forma, lo que incluso se ve revelado en la ubicación de los delitos de deslealtad profesional. El Anteproyecto, en cambio, tomó una decisión errada al intentar mantener la forma que tenían en el Código Penal y, sin embargo, ampliarlos y desformalizarlos.

Puede verse, por lo tanto, que los problemas sistemáticos generales que contiene el Anteproyecto se reducen a dos cuestiones: un problema general, la mezcla de criterios adscriptivos con criterios prescriptivos en la confección de la clasificación, con primacía a veces de la primera, lo que llevó a una confusión sistemática en parte importante de la categoría; y un problema específico, las relaciones entre delitos contra la Administración de Justicia, en particular delitos funcionarios contra la Administración de Justicia, y delitos contra la Administración Pública. A continuación

³⁰⁴ Ver Supra. página 167 y siguientes.

³⁰⁵ Ver Supra. páginas 175 y 176.

trataremos el problema específico, para volver al final de esta parte sobre el problema general.

3. El problema de las relaciones entre delitos contra la Administración de Justicia y delitos contra la Administración Pública

Las relaciones entre delitos especiales contra la Administración de Justicia y delitos contra la Administración Pública no son problemáticas por una toma de decisiones incorrectas de la Comisión, ni por una utilización de técnicas de legislación penal incorrectas, pese a que una u otra cosa puede acrecentar sus dificultades. El problema de estas relaciones es un problema inherente a cualquier sistema que distinga entre delitos contra la Administración de Justicia y delitos contra la Administración Pública, de la misma forma que el tratamiento de los delitos de particulares contra la Administración de Justicia es un problema inherente a cualquier sistema que no distinga ambos bienes jurídicos.

El origen del problema es simple. Cualquier sistema que distinga entre ambas clases de tipos se va a enfrentar al dilema de, o bien expresar con la precisión y detalle adecuados las obligaciones de los jueces que son necesarias a la creación del bien jurídico específico Administración de Justicia, a riesgo cierto de duplicación con los delitos contra la Administración Pública, o bien reducir a lo puramente específico los delitos de jueces contra la Administración de Justicia, que así no pueden tener contraparte en la Administración Pública general, eliminando o disminuyendo el riesgo de duplicación. Como ya se explicó,³⁰⁶ la Comisión Foro Penal tomó la decisión extrema de eliminar ese riesgo, por lo menos en lo relativo a los jueces, reconduciendo los delitos de jueces a la categoría general de delitos contra la Administración Pública, salvo en lo que dice “relación estricta con la especificidad de la administración de justicia”.³⁰⁷ La decisión de la Comisión, correctamente entendida, es valorable. La enorme duplicación que se produce en el derecho vigente es un problema sumamente serio.

³⁰⁶ Ver Supra. páginas 145 y 146.

³⁰⁷ Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, en Polít. Crim. N°1, D3, p. 241. [www.politicacriminal.cl]

Dos problemas, sin embargo, se pueden identificar en el tratamiento que hizo la Comisión de esta relación: el trabajo respecto de los jueces no fue hecho de la mejor forma, y el criterio utilizado respecto de delitos de fiscales del Ministerio Público y autoridades administrativas es injustificable, con asimilaciones excesivas a la función judicial tanto de la persecución penal de los fiscales, como de los actos administrativos.

a. Merecimiento de mayor castigo en las conductas de los jueces

La decisión de reducir los delitos de prevaricación a obligaciones específicas de los jueces es una decisión correcta. Ello no quiere decir que la necesidad de castigo no sea superior en otros supuestos de injustos cometidos por los jueces. La decisión de migrar los otros supuestos de delitos de jueces hacia los delitos contra la Administración Pública requiere identificar correctamente los supuestos en que se produce esta necesidad de mayor castigo.

En el título XI del Libro II del Anteproyecto de Código Penal, relativo a los delitos contra la Administración Pública, se identificó un solo supuesto en que la Comisión le asignó una importancia de mayor estabilización a las obligaciones de los jueces respecto del resto de los funcionarios públicos, aumentado la penalidad. Este supuesto corresponde a la solicitud a persona con pretensiones pendientes de resolución, contenido en el artículo 253 inciso segundo del Anteproyecto. Además, más allá de la prevaricación, no existen tipos de funcionarios que se refieran a la función judicial o al contexto específico del proceso o de la persecución penal, cuya estabilización evidentemente tiene una importancia crucial. En el Código Penal Alemán³⁰⁸, por ejemplo, los casos de delitos especiales impropios de jueces sobre delitos especiales propios de funcionarios son al menos tres: la aceptación de ventaja (§ 331), la corruptela (§ 332) y el cohecho (§ 334). En estos supuestos se expresa una necesidad superior de estabilización por medio de una pena mayor, y por lo tanto indirectamente una importancia funcional mayor de la obligación genérica de probidad de los jueces

³⁰⁸ Respecto de todas las citas al Código Penal Alemán, Cfr. Anexo III.

que en el resto de los funcionarios públicos. Como se vio, por todos los presupuestos que en abstracto requiere la función judicial, la necesidad que expresa ese aumento de penalidad existe.³⁰⁹ Además, el Código Penal Alemán reconoce al menos cuatro supuestos que, sin reducir el sujeto activo al juez, se encuentran vinculados conceptualmente al contexto específico del proceso o de la persecución penal: la obtención de declaración mediante violencia (§ 343), la persecución de no culpables (§344), la ejecución contra no culpables (§ 345), y la comunicación prohibida sobre audiencias judiciales (§ 353d). Por último, el Código Penal Alemán incluye un tipo de sujeto activo indeterminado, el cohecho por dar u ofrecer (§ 333), que requiere de la participación en calidad de receptor u oferente de un funcionario público, y que en caso de ser un juez aumenta igualmente la penalidad. En este último tipo, se trata de la punición por dar o prometer dar algo a un funcionario público o juez.³¹⁰

Frente a esa identificación de fuertes necesidades de estabilización específica de la función judicial en el Código Penal Alemán, repartida en alrededor de 10 tipos, el Anteproyecto conoce sólo dos, la prevaricación y la solicitud, además de la prevaricación de fiscales del Ministerio Público y de ciertas formas de obstrucción a la justicia que recogen cuestiones relativas a la persecución. Es decir, pese a distinguir entre delitos contra la Administración de Justicia y delitos contra la Administración Pública, lo que debiera dar lugar a una protección adicional de la necesidad de comportamiento adecuado de los jueces, el Anteproyecto lo debilita notoriamente. Y no sólo frente al Código Penal Alemán, o al demasiado exhaustivo Código Penal Chileno actualmente vigente, sino también frente al Código Penal Español, el que como ya se vio, distingue distintas formas de prevaricación para los efectos de asignar la penalidad,³¹¹ y el que además incluye formas especiales de protección al contexto del proceso en su capítulo de obstrucción a la justicia.³¹²

³⁰⁹ Al respecto ver Supra. páginas 190 y siguientes.

³¹⁰ En todo, Cfr. Anexo III.

³¹¹ Ver Supra. página 186.

³¹² Además, no sólo existe un problema en la indiferencia de la penalidad cuando las infracciones son cometidas por jueces, sino que algunas situaciones específicas, que requieren de punibilidad específica, no están contenidas ni dentro de los delitos contra la Administración Pública, ni dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. En particular, la restricción en el sujeto activo de lo que el Anteproyecto denomina prevaricación de los fiscales del Ministerio Público, junto con la no inclusión de

b. Problemas sistemáticos de la prevaricación de fiscales del Ministerio Público y de la prevaricación administrativa

El segundo problema fuerte que puede encontrarse en el Anteproyecto en el tratamiento de las relaciones entre delitos contra la Administración de Justicia y delitos contra la Administración Pública se refiere no ya a los delitos de jueces, sino que a las dos otras formas de “prevaricación” que identificó la Comisión. Ya se mostró lo conflictivo que es incluir, sobre todo en la forma que se hizo, un delito de prevaricación administrativa entre los delitos contra la Administración de Justicia.³¹³ En el caso de los fiscales del Ministerio Público, derechamente no hay prevaricación posible, puesto que no tienen facultades jurídicas resolutorias –que es todo lo que se encuentra detrás del injusto de la prevaricación-, y por lo mismo incluir las infracciones fuertes al deber de objetividad como prevaricaciones es un error conceptual y sistemático grave. Los deberes de los fiscales no son en nada equiparables con los deberes de los jueces. Este error sistemático grave lleva al Anteproyecto a una tipificación específica, hecha por analogía con los tipos de jueces, que resulta sumamente conflictiva también desde un punto de vista de redacción legislativa.³¹⁴

Ello no quiere decir que las conductas de los fiscales del Ministerio Público no merezcan sanciones. Pero, desde un punto de vista sistemático, sólo existen dos posibilidades correctas en su tipificación: o hacer prevalecer la naturaleza del cargo

situaciones importantes de obstrucción a la justicia reconocidas en el derecho penal francés y español, da lugar a que conductas que por el contexto en que se cometen requieren de estabilización penal, no se incluyan en el Anteproyecto. Por cierto, el enorme campo de punibilidad del encubrimiento, de la receptación y de la obstrucción a la justicia en el Anteproyecto permiten encuadrar algunas conductas específicas excluidas por un mal tratamiento de este tema. Pero siendo ese el principal problema del Anteproyecto, la solución a estos problemas no puede derivar de esto. Por ello, es importante tener en cuenta –para efectos de la construcción de una propuesta alternativa- que al solucionar los problemas creados por la tipificación del encubrimiento, de la receptación y de la obstrucción a la justicia, es necesario tratar específicamente ciertas conductas excluidas por el Anteproyecto.

³¹³ Ver Supra. páginas 170 y 171.

³¹⁴ Los problemas de redacción legislativa en el caso del tipo de prevaricación de fiscales del Ministerio Público son, desde el punto de vista de los problemas de imputación que crea, probablemente los más graves de todo el Anteproyecto. Y ello surge precisamente de los errores sistemáticos y conceptuales en que incurrió la Comisión al asimilar sus deberes a los de los jueces. Al respecto, Infra. páginas 213 y siguientes.

mismo, e incluir una categoría de delitos de fiscales entre los delitos contra la Administración Pública, al modo del Código Penal Español en el Capítulo II del Título XIX, o incluir una sección especial en el apartado de delitos contra la Administración de Justicia, haciendo primar por lo tanto las consideraciones relativas a la función de la persecución penal. Este es otro conflicto inherente a las relaciones entre Administración de Justicia y Administración Pública como bienes jurídicos, y por lo mismo su resolución sólo puede ser una decisión, no una aclaración conceptual. El problema es que a diferencia del caso de las relaciones entre ambas categorías de los delitos de jueces, en que la decisión de la Comisión fue correcta aunque tenga algunos problemas en su tratamiento específico, en este caso no sólo el tratamiento es incorrecto, sino que se produce a partir de una decisión sistemática de entrada errada.

4. Sistematización como identificación de deberes v/s sistematización como ampliación y armonización de sanciones.

Más allá de todos los problemas ya reseñados relativos a la identificación del objeto de protección, o a las relaciones entre delitos contra la Administración Pública y delitos contra la Administración de Justicia, el principal problema de sistematización que tiene el Anteproyecto es que sus criterios de sistematización son inconsistentes y usualmente ignorados por la propia Comisión. Pese a que a lo largo de los Materiales de Discusión se puede leer que el criterio de sistematización es el agrupamiento en torno a un bien jurídico identificado, como ya se ha expuesto reiteradamente, esa labor no se llevó a cabo en esta categoría, o al menos no se hizo bien. En las tres páginas de Materiales de Discusión nunca se explica la inclusión o exclusión de tipos en esta categoría por argumentos relativos al bien jurídico. Por cierto, esta discusión podría evitarse si fuera obvio su resultado, en el caso que el bien jurídico fuera obvio. Eventualmente en los delitos contra la vida y la integridad física, la discusión del bien jurídico podría argumentarse que no es esencial para la identificación de sus tipos. Aunque esa aseveración ya sería conflictiva tratándose del bien jurídico más obvio e intuitivo, aquí sí que no tiene ningún sentido.³¹⁵

³¹⁵ Ver también Supra. páginas 164 y siguientes, donde se explica que respecto una categoría que se construye, y que ya conceptualmente no puede considerarse perfeccionable porque simplemente no existía, aún menos sentido tiene no argumentar en relación con el bien jurídico.

Por ello, en vez de sistematizar agrupando primariamente en función de ciertos deberes, y sólo secundariamente armonizando sanciones, la Comisión parece haber pretendido hacer sólo lo segundo, o aún más, parece haber sistematizado para ampliar los castigos. Ello implica desconocer la función de la sistematización.³¹⁶

Este error central de la Comisión, se puede ver, en primer lugar, en la elección general de las secciones de la categoría. En la confección e inclusión de secciones, los criterios que tuvo en cuenta la Comisión fueron variados. Por ejemplo, el agrupamiento de encubrimiento, receptación, y lavado de dinero, inspirado en el Código Penal Alemán, parece responder a un intento de ampliar en la mayor medida posible el ámbito de punibilidad del encubrimiento, no tratándolo como delito contra la Administración de Justicia sino que como figura de la Parte General inserta en la categoría de delitos contra la Administración de Justicia de la Parte Especial,³¹⁷ y además en la idea de mantener juntos tipos que tienen ámbitos de punibilidad más o menos cercanos, porque las acciones lesivas son relativamente similares, sin consideraciones respecto del objeto de protección.³¹⁸ Lo mismo sucede con la inclusión de la prevaricación administrativa y la prevaricación de fiscales del Ministerio Público. Tras la Reforma Procesal Penal parte de la doctrina consideró que había que incluir a los fiscales del Ministerio Público dentro de los sujetos activos de la prevaricación de los jueces³¹⁹, sin reflexiones respecto de la naturaleza absolutamente distinta de sus funciones, de su ausencia de poder resolutorio, ni de la absoluta falta de similitud en las acciones lesivas de uno y otro. En ese contexto, sin embargo, no se trataba de un absurdo conceptual, puesto que la prevaricación no se limitaba a un ejercicio incorrecto de facultades resolutorias vinculadas al derecho. Pero lo que resulta sorprendente es que la Comisión sí se dio cuenta de que la prevaricación se ligaba conceptualmente a facultades resolutorias, por lo que pretendió reducirla a su

³¹⁶ Respecto de la función de la sistematización, ver *Supra*. página 184.

³¹⁷ Ello puede apreciarse en los claramente en los Materiales de Discusión de la Comisión Foro Penal.

³¹⁸ Hay un problemas sistemático importante, asimismo, en las relaciones entre los tipos de obstrucción a la justicia y encubrimiento. Sin embargo se trata de cuestiones vinculadas a problemas de redacción legislativa y a la creación de problemas adscriptivos, por lo que se desarrollará en el Capítulo V. Al respecto, *Infra*. páginas 219 y siguientes.

³¹⁹ Por ejemplo, **Rodríguez Collao y Ossandón Widow**, *Op.Cit.* N°98, página 192.

núcleo central, y sin embargo incluyó a los fiscales del Ministerio Público en esa sección. Conceptualmente ya eso es irreconciliable, puesto que los deberes envueltos son sumamente disímiles, pero además pretendió ampliar en la mayor medida posible las sanciones por prevaricación a fiscales del Ministerio Público y por la dictación de actos administrativos incorrectos. Todo ello crea un problema sistemático de una magnitud importante.

Todo lo anterior hace que la clasificación del Anteproyecto sea contradictoria, y en varios aspectos injustificable. La Comisión sí tomó algunas decisiones correctas, tanto decisiones prácticas como decisiones conceptuales. Escoger un modelo general y un modelo revisor, si es que fue el caso, era una buena decisión. Pero la revisión que se le dio al modelo general no fue bien llevada a cabo, puesto que muchas veces no se desvió del modelo general cuando debía desviarse (por ejemplo con la prevaricación de los abogados), no siguió el modelo general cuando debía seguirlo (por ejemplo, a grandes rasgos, respecto de la obstrucción a la justicia), y siguió el modelo revisor cuando conceptualmente no debía seguirlo (por ejemplo en la sección 2). Aún así, como se verá al terminar este trabajo y proponer una sistematización alternativas, sus buenas y malas decisiones permiten tener un punto de partida y de contraste para poder formar una sistematización más consistente.

D. Conclusión

La propuesta contenida en el Anteproyecto adolece de varios problemas generales importantes. La inclusión de varios de sus tipos no es justificable conforme al criterio central de identificación de la pertenencia de un elemento a una categoría de delitos, que es que éste afecte al bien jurídico en cuestión. Ello es una primera causa de una sistematización inadecuada.

Asimismo, muchas de las conductas descritas no son, ni aún a grandes rasgos, susceptibles de castigo penal por no ser suficientemente lesivas para ser protegidas mediante este castigo. Sobre ello se volverá nuevamente en el próximo capítulo, ahora excluyendo lo que a grandes rasgos no es justificable, y criticando lo que simplemente está redactado de forma demasiado amplia.

El tratamiento puramente comparativo de la penalidad tampoco es completamente satisfactorio, ya que no siempre reconoce necesidades evidentes de diferenciación en la penalidad, por una lesión mayor al o los objetos de protección en cuestión.

Finalmente, más allá de estos problemas, la sistematización adolece de problemas generales importantes en el tratamiento de las relaciones entre delitos de funcionarios específicos a la Administración de Justicia y delitos de funcionarios genéricos, ya que pese a haberse tomado decisiones que pueden ser consideradas como correctas, no se construyó la relación de forma adecuada.

Pero, sin dudas, el gran problema de sistematización es la falta de consistencia en el criterio de sistematización utilizado. Mientras al elegir como criterio central el bien jurídico protegido, el criterio y el objeto de sistematización debiera ser la identificación de deberes y categorías de deberes que son análogas en la función de protección de un bien jurídico determinado, la Comisión constantemente cambió de criterio en la sistematización de la categoría de delitos contra la Administración de Justicia. Por cierto, la construcción de categorías de deberes es aleatoria y cambiante. Muchas veces la analogía puede venir entregada simplemente por el sujeto activo, el que pasa a determinar la clase de deberes, mientras que en otros tipos, no obstante la existencia de sujetos activos distintos, los tipos pueden construirse como clase de tipos por la estructura de la acción lesiva en cuestión, la que lleva a identificar deberes similares. La labor de sistematización interna sí admite variaciones, ello es cierto, pero todas estas variaciones deben ser identificadas y construidas primariamente a nivel de norma de comportamiento y en relación con el objeto de protección. Cuando la analogía no se construye por ese medio, y se emplean otros criterios para su construcción, y sobre todo cuando la analogía contradice derechamente a los criterios prescriptivos, entonces esa flexibilidad ya no puede justificar la decisión de sistematización. Y, como se ha demostrado, ese es precisamente el problema del Anteproyecto en materia de sistematización.

El próximo capítulo terminará la crítica propiamente tal al Anteproyecto, ahora centrada a nivel de configuración de cada uno de los tipos y de las conductas que describen, y de los problemas de determinación de anti-normatividad que pueden generar, así como sobre todo de los problemas de imputación. Esperamos que el ejercicio de paciencia del lector sólo deba extenderse hasta el final de ese capítulo, y que el paso a la creación de una alternativa de construcción de la categoría rompa la monotonía que pudieron crear tres capítulos consecutivos con contenidos que pueden parecer similares.

CAPÍTULO V. PROBLEMAS ESPECIALES DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL, TRATAMIENTO DE LOS TIPOS MÁS RELEVANTES

A. Introducción

El paso de la crítica del Capítulo IV a la crítica del Capítulo V, como ya se ha explicado, no es un paso puro de una crítica de cuestiones prescriptivas a una crítica de cuestiones adscriptivas. La distinción entre el análisis centrado en la norma de comportamiento y el análisis centrado en la norma de sanción, es una herramienta de análisis sumamente útil, pero las relaciones entre ambas no son independientes de una forma que permita hacer un análisis sin conexiones de ninguna clase en un proyecto de reforma legislativa. En la construcción de una propuesta de tipificación, la utilización de la distinción es importante, pero es igualmente importante poder distinguir entre una crítica ligada a una hermenéutica del todo, y una crítica ligada a una hermenéutica de individuos o elementos. La distinción entre la crítica del Capítulo IV y del Capítulo V es una distinción que atiende a ambos aspectos. La crítica del Capítulo IV tiene vínculos fuertes con una crítica al mal tratamiento de cuestiones prescriptivas, sobre todo porque tiene un vínculo constante con el objeto de protección, pero a la larga es sobre todo una crítica de la construcción del sentido de un todo y, por lo tanto, a las relaciones del sentido conjunto de los elementos. La crítica del Capítulo V, en cambio, es más bien una crítica de la asignación de sentido particular a elementos individuales, lo que abarca tanto cuestiones prescriptivas como cuestiones adscriptivas.

Para poder llevar la crítica de la asignación de sentido a los distintos individuos, tipos, que componen esta categoría, es importante llevar a cabo un análisis centrado en varias cuestiones, pero sin dudas el elemento central al respecto es **la redacción legislativa**. La redacción legislativa tiene que permitir asignar sentido a una disposición sin lugar a ambigüedades no buscadas. Sería posible, por cierto, proclamar con mayor fuerza la importancia del principio de legalidad, y así evitar cualquier tipo de ambigüedad. Pero ello sería inverosímil. Es una técnica de legislación penal común, y en varias circunstancias necesaria, la utilización de términos

normativos que requieren de un procedimiento fuerte de asignación de sentido por parte del intérprete. Es decir, la redacción legislativa penal requiere de una cierta indeterminación inmediata de sentido. Un sistema de redacción penal puramente descriptivo no es exigencia sensata que pueda derivarse del principio de legalidad. Ello no es ajeno ni a la teoría de la legislación, ni a la dogmática penal. Distinto es el caso, sin embargo, en que la ambigüedad no deriva de la utilización de términos normativos, sino derechamente de una mala utilización del lenguaje, o de relaciones contradictorias con otros elementos. Una de las cuestiones centrales en el análisis de la redacción legislativa penal, por lo tanto, es la justificación de la falta de ausencia de ambigüedades involuntarias o injustificables.³²⁰ El análisis de la redacción legislativa es el eje central de este Capítulo V.

Además, la crítica de la tipificación incluirá cuestiones que no son exclusivamente dependientes de la redacción legislativa, sino que se deducen de relaciones con otros elementos de la Parte Especial y de la Parte General. Pese a que, en rigor, este método trata de una crítica centrada en una hermenéutica de asignación de sentido a un todo antes que a un individuo descontextualizado, el análisis en esta sección permite retomar así la distinción entre análisis centrado en la norma de comportamiento y análisis centrado en la norma de sanción.

Este Capítulo V, por lo tanto, es una crítica a los problemas de redacción legislativa, y una crítica a la creación de ciertos problemas de imputación, estén o no ligados con la redacción legislativa del tipo específico.

Puesto que se trata de una crítica individual, el orden sucesivo que seguirá este capítulo será el orden establecido por el Anteproyecto en la categoría de delitos contra la Administración de Justicia. No se incluirá el análisis específico de otros tipos que pueden resultar relevantes, como el cohecho en los delitos contra la Administración Pública, puesto que excede los márgenes del trabajo. Asimismo, se excluirá el análisis individual de los tipos que resultan absolutamente ajenos a la sección, como la

³²⁰ Al respecto, **Atienza, Manuel**, Op.cit. N° 7, páginas 27 y siguientes.

receptación y el lavado de dinero. Respecto de ellos, la crítica del Capítulo IV ya es suficiente.

B. Problemas de redacción legislativa en la sección de prevaricaciones³²¹

1. La prevaricación de los jueces

Respecto de la prevaricación de los jueces, tipificada en el artículo 274 del Anteproyecto, al menos dos problemas pueden identificarse.

a. La descripción de la acción lesiva

La tipificación de la prevaricación de los jueces, por su índole misma, es particularmente conflictiva en la forma en que puede describirse su acción lesiva.³²² La descripción tiene que ser, por definición, normativa, lo que implica que parte importante de la tarea de determinación de la acción lesiva sea siempre una tarea de interpretación constructiva. Por lo anterior, la fórmula central de descripción de la acción lesiva no es particularmente importante. En el derecho alemán la fórmula elegida es la afección, o lesión, al Derecho. En el derecho español, la fórmula con la que se describe la acción lesiva es “dictar sentencia o resolución injusta”. En el derecho chileno, la fórmula vigente es “fallar contra ley expresa y vigente”. En la determinación de lo que constituye la acción, todas estas fórmulas son pragmáticamente sinónimos y todas tienen exactamente el mismo problema: son indeterminadas. La afección al Derecho por medio de la declaración que constituye Derecho algo que no constituye Derecho hecha por un actor que tiene un rol cualificado e institucionalmente reconocido para determinar lo que constituye el Derecho, junto con las situaciones de aplicación antijurídicamente incorrecta del

³²¹ En una crítica de redacción legislativa, resulta absolutamente imperativa una revisión con el texto criticado a la vista. Sin embargo, al ya haber sido citado el texto del Anteproyecto en estas secciones una serie de veces para que fuera comprensible la exposición explicativa del Anteproyecto y la crítica sistemática, no será citado nuevamente aquí, ya que ello extiende innecesariamente el trabajo. Por ello se recomienda tener el texto del Anexo I a la vista al leer todo el Capítulo V.

³²² Ello se suma, por cierto, a todos los problemas complejos de imputación que sufre, en relación sobre todo con la imputación objetivo y las reglas de error, la prevaricación de los jueces.

Derecho, simplemente no puede describirse de modo completo. Esta indeterminación, aunque necesaria, es conflictiva. Afecta la estructuración de la Administración de Justicia y la forma en que ésta se ejerce, en particular en relación con la cosa juzgada y la independencia judicial. El delito de prevaricación le da la posibilidad a un juez de determinar lo que constituía una solución conforme a derecho en un caso conocido y fallado por otro juez. Y precisamente, esta indeterminación necesaria del tipo es lo que permite que ese juez tenga casi la misma discrecionalidad que tenía el juez competente conforme a reglas.

La redacción que la Comisión le da a este tipo evidentemente no mejora la cuestión. Eso es imposible. Describe, en principio, la acción de un modo similar a como se hace en el Código Penal Español, como “[dictar] una resolución o sentencia manifiestamente injusta”. La utilización de la expresión “manifiestamente” injusta implica una exigencia adicional en materia de tipo objetivo, que no la contiene el Código Penal Español. Frente al Código Penal vigente, además cambia la expresión “a sabiendas”, que cumplía una función muy relevante en materia de error, por la expresión “manifiestamente”. Pese a que no sea tan evidente, interpretativamente puede considerarse que cumplen el mismo papel en materia de error³²³, y además puede jugar funciones limitativas del rol revisor del juez incompetente. Por ello, la fórmula central que utiliza la Comisión no puede ser objeto ni de críticas ni de alabanzas, es simplemente una elección de una de las fórmulas posibles de expresar la indeterminación de este tipo.

Pero el Anteproyecto sí tiene una serie de problemas de redacción y creación de ambigüedades innecesarias en las formas complementarias en que describe la acción lesiva. En primer lugar, estas ambigüedades se crean mediante un mecanismo extraño de doble calificación de la acción. Tal como ya se señaló, la utilización de la expresión “[ejercer] torcidamente la administración de justicia” como calificativo de la expresión “[dictar] una resolución o sentencia manifiestamente injusta” implica crear una confusión sobre una expresión que ya es conflictiva. Interpretativamente puede que este mecanismo de utilización de dos expresiones para calificar signifique dos cosas

³²³ Al respecto ver Supra. páginas 95 y siguientes.

completamente distintas. O bien ambas expresiones manifiestan lo mismo –siempre que se dicte una resolución manifiestamente injusta se tuerce la Administración de Justicia- por lo que al menos una es inútil y simplemente crea confusión innecesaria, o bien exige un doble resultado para que la acción sea imputable. El problema es que en el segundo caso los dos resultados son indeterminados. Por lo mismo, la calificación de dos resultados indeterminados es innecesaria y excesivamente conflictiva. Puede llevar a aplicaciones contradictorias de un mismo tipo con mucho más frecuencia que bajo una calificación simple.

Además la redacción de la prevaricación de los jueces en el artículo 274 del Anteproyecto, sin ser ambigua, parece demasiado amplia respecto de los medios comisivos.³²⁴ Mientras el Código Penal no se refiere a las clases de resoluciones judiciales mediante las cuales se puede consumir el tipo de prevaricación judicial, al utilizar exclusivamente la expresión fallar, el Anteproyecto distingue expresamente entre sentencia y resolución judicial. Si bien, en rigor, se puede afectar la Administración de Justicia normativamente mediante la declaración de que es derecho vigente cualquier cosa que no sea derecho vigente, y eso incluye cuestiones procesales a las que se puede referir una mera providencia, la afcción material fuerte sólo se da respecto de expectativas generales de acción, y por lo tanto, en la estabilización de expectativas falsas en la resolución del conflicto mismo mediante una sentencia definitiva, o, a lo sumo, mediante su no resolución por cuestiones procesales. En cambio, considerar que la dictación de una resolución de jerarquía inferior –desde la omisión de un traslado o de un auto de prueba incompleto– puede afectar de la misma forma la Administración de Justicia, es simplemente un error.³²⁵ Por ello la calificación de estos “medios comisivos” resulta demasiado amplia.

³²⁴ El enfocar esta crítica en términos de redacción no quiere decir, sin embargo, que tenga problemas en lo que Atienza denomina el nivel R1 (racionalidad lingüística). Antes que esto, en el modelo de Atienza se trata de problemas de racionalidad de tipo R5, esto es, de “racionalidad ética”, aunque bajo el particular juicio de los principios legitimadores del ius puniendi. Al respecto, Cfr. **Atienza, Manuel**, Op. Cit. N° 7, páginas 39 y siguientes.

³²⁵ La razón de este error radica evidentemente en una reflexión respecto del bien jurídico. Ello no quiere decir, sin embargo, que sólo sentencias potencialmente conclusivas como la sentencia definitiva puedan individualmente lesionar el bien jurídico de forma relevante. Como se ha dicho, como bien jurídico colectivo, la lesión individual a la Administración de Justicia nunca es relevante per se. Pero sólo pueden

b. Actividad de los jueces y formas de conducta lesivas

Ya se hizo ver que, por la variedad de bienes que puede lesionar la actividad de los jueces, y por la importancia central de sus deberes, es necesario hacer distinciones para efectos de asignar mejor su penalidad.³²⁶ Es cierto que esas distinciones pueden realizarse, en general, fuera de los delitos contra la Administración de Justicia. El cohecho, la aceptación de ventajas, o la solicitud, no son formas de lesión específica de la Administración de Justicia, sino que comparten rasgos con los delitos contra la Administración Pública. Por ello, es perfectamente posible realizar estas distinciones, externas a la prevaricación, fuera de los delitos contra la Administración de Justicia al modo del Código Penal Alemán, esto es como delitos especiales impropios de delitos especiales propios.

Pero lo que tiene sí que tipificarse de modo específico en los delitos contra la Administración de Justicia, son las formas calificadas de prevaricación, es decir, formas de prevaricación que afectan de modo particularmente fuerte bienes jurídicos individuales.

Asimismo, no pueden tipificarse en conjunto, con la misma penalidad, formas de afección con una lesividad manifiestamente distinta. El artículo 274 del Anteproyecto tipifica en conjunto a la prevaricación propiamente tal con la forma de prevaricación omisiva que reconoce – omitir dictar la resolución debida-. Como técnica legislativa ello constituye un error, puesto que son tipos con grados de afección distintos y cuyas acciones lesivas también son manifiestamente distintas. Lógicamente un tipo que pretenda no ser más que una forma de comisión omisiva de otro tipo activo, requiere al menos de la producción del mismo resultado lesivo. Entre las dos formas del artículo 274 del Anteproyecto, esa relación no existe. Tanto los deberes que se incumplen, como el resultado normativo y pragmático que se produce, son distintos. Normativamente, en el caso de la prevaricación propiamente tal hay declaración de

afectarla, en cualquier nivel, sentencias que manifiesten, o nieguen, la estabilización de expectativas. Y eso no sucede con resoluciones inferiores.

³²⁶ Ver Supra. páginas 179 y 180.

Derecho, de validez, de algo que no es Derecho, o hay una declaración de aplicabilidad de una norma que resulta manifiestamente inaplicable. Si hay una prevaricación verdaderamente omisiva, no se produce ni lo uno ni lo otro. Por otro lado, mientras en un caso existe pragmáticamente una afección pura a la Administración de Justicia, por estabilización de expectativas contrarias a las expectativas constituidas por la comunidad, en la otra forma existe una afección primaria al sujeto cuya expectativa de acceso a la justicia se defrauda, y no existe una afección general pura. Por lo mismo, no se trata de la forma omisiva de un tipo activo. Se trata de un delito omisivo autónomo, que por tener una estructura distinta, y por tener un disvalor distinto, debiera ser tratado autónomamente. Son tipos absolutamente distintos con requisitos de imputación que requieren ser diferenciados. Su asimilación, al menos desde el punto de vista de la penalidad, es errada.³²⁷

2. La prevaricación de los fiscales del Ministerio Público

Más allá de que, conceptualmente, no pueda hablarse de prevaricación de fiscales del Ministerio Público³²⁸, mucho menos si se pretende reducir a la prevaricación propiamente tal a su núcleo central, la técnica de tipificación empleada por la Comisión respecto del tipo del artículo 275 del Anteproyecto es sumamente conflictiva. Al menos tres problemas pueden encontrarse en este tipo.

a. Utilización de dos fórmulas normativas excesivamente abiertas

Como ya se explicó, el artículo 275 se construye sobre la distinción de tres acciones lesivas alternativas.³²⁹

La presentación de antecedentes falsos, la tercera de las acciones en cuestión, se construye con una utilización más bien descriptiva del lenguaje³³⁰, que no contiene

³²⁷ Esto sucede asumiendo que el tipo omisivo es puramente omisivo, es decir, no se manifiesta en ningún acto. En todas las demás situaciones de aplicación incorrecta del derecho concurre tanto una norma incorrectamente aplicada (y creada) con una norma incorrecta omitida (y no creada). Por ello, la forma omisiva redactada de forma muy amplia, además de todos los problemas señalados, tiende a ser inútil.

³²⁸ Ver Supra. páginas 153 y 170 y siguientes.

³²⁹ Ídem.

ambigüedades involuntarias fuertes, por lo que no presenta problemas mayores desde un punto de vista de redacción legislativa, aunque tiene problemas sistemáticos. Las otras dos formas de acción lesiva, sin embargo, resultan mucho más conflictivas.

La primera acción, la realización de actuaciones manifiestamente injustas, presenta una ambigüedad que, a diferencia de las acciones de los jueces, es innecesaria y excesiva. En el derecho comparado usualmente se describen las acciones lesivas de fiscales en términos mucho más precisos, como por ejemplo mediante la creación de tipos de persecución de inocentes u omisión de persecución de culpables, ya que en materia de realización de acciones lesivas de fiscales, a diferencia de los jueces, no existe una calificación normativa necesariamente indeterminada. Por ello, lo que explica esta tipificación vaga no es el status necesariamente abstracto de esta clase de tipos.

Lo que hay detrás de la descripción ambivalente de las acciones lesivas de los fiscales, es una decisión de la Comisión que simplemente tiene por objeto ampliar en la mayor medida posible el ámbito de punibilidad de las acciones de los fiscales, y proclamar una simetría con la prevaricación de los jueces que conceptualmente no existe. De hecho la utilización de la misma fórmula para describir el injusto de la acción de los jueces y de los fiscales del Ministerio Público es un error conceptual fuerte. La función de los jueces y la función de los fiscales y el ámbito de sus deberes no pueden ser asimilados de esa forma. Los fiscales nunca tienen funciones resolutivas, y tampoco tienen la facultad de declarar el Derecho de la forma que la tienen los jueces, por lo que la forma en que pueden afectar la Administración de Justicia no es asimilable a la forma en que pueden hacerlo los jueces. La fórmula utilizada por la Comisión simplemente crea ambigüedades excesivas en la interpretación, las que de convertirse en derecho, llevarían indudablemente a que tribunales distintos consideren punibles bajo este tipo formas de conducta absolutamente diferentes.

³³⁰ Evidentemente no es una utilización meramente descriptiva del lenguaje, ya que lo que cuenta como “antecedentes” se determina por reglas implícitas, y no es simplemente la nominación de un objeto determinado. Pero la acción en general se refiere a una cuestión precisa, que no requiere de constitución de su sentido por el intérprete.

La segunda forma alternativa de acción sufre de una vaguedad aún peor, y manifiesta una pretensión de ampliación de punibilidad mucho más fuerte. El artículo 275 la describe simplemente como “omitan [realizar] las [actuaciones] debidas”. El tipo aquí sí que es derechamente absolutamente indeterminado, y en conjunción con la primera fórmula, permite que cualquier acción u omisión de los fiscales en que haya incumplimiento de cualquier deber pueda ser considerada punible. Punir el no cumplir con el cargo manifiesta una omisión flagrante de las consideraciones del principio de proporcionalidad.³³¹

Por cierto, la Comisión advirtió estos problemas, y advirtió asimismo que el ámbito de punibilidad de los tipos de prevaricación de fiscales del Ministerio Público resultaba excesivo. Precisamente ello explica el segundo gran problema que presenta el tipo.

b. La triple calificación de las acciones

El artículo 275 del Anteproyecto requiere de dos requisitos adicionales a la realización de cualquiera de las tres acciones alternativas recién analizadas.

En primer lugar, el artículo 275 requiere que los fiscales “[faltan] a su deber de objetividad” al realizar alguna de esas acciones. Ello podría permitir evitar que cualquier omisión de deberes del cargo, o cualquier actuación no realizada conforme al principio de legalidad administrativo, sea punible. Sólo aquellas que sean manifestación de vulneración al deber de objetividad del Ministerio Público serían punibles, con lo que no sería completamente cierto que cualquier infracción de deberes del cargo de fiscal sería punible.

La forma que eligió la Comisión para salvar ese primer problema, sin embargo, es igualmente conflictiva que el problema que intenta salvar. Verificar lo que es el alcance del deber de objetividad, y por lo mismo el alcance de sus vulneraciones, es sumamente complicado. El contenido del principio de objetividad sólo es relativamente

³³¹ Parte importante de estas críticas ya tuvieron lugar en el Capítulo IV, con mayor desarrollo. Al respecto, Supra. página 174.

determinado cuando se considera simplemente como una forma de garantía procesal. Como garantía procesal, el principio de objetividad se reduce a la necesidad del fiscal de realizar actuaciones tendientes a investigar la totalidad del hecho delictivo y no sólo la realización de actuaciones tendientes a incriminar al imputado. Este es el contenido primario y mínimo del deber de objetividad, el que no es más que la consecuencia de la estructuración del proceso penal en torno a una pretensión de reconstrucción de toda la información relevante ligada al hecho delictivo. ¿Requieren todos estos tipos de prevaricación de los fiscales del Ministerio Público que las acciones punibles se restrinjan exclusivamente a aquellas ligadas a aspectos probatorios demostrativos de parcialidad? Los tipos resultarían, en ese caso, bastante restringidos, sobre todo en relación con el ámbito específico en que podrían presentarse. Además, desde un punto de vista sistemático, es difícil ver la función que podría cumplir la acción “realizar actuaciones manifiestamente injustas” que no cumplan las otras acciones contenidas en este tipo si es que se interpreta el deber de objetividad en esos términos estrechos. Bajo una limitación de esta clase dada por el deber de objetividad, o bien el fiscal puede realizar actuaciones cuyo objeto sea incriminar o aumentar injustificadamente la pena, o bien el fiscal puede no realizar acciones cuyo objeto sea demostrar que el hecho no es punible o no disminuir la pena en condiciones en que debiera. No existe una tercera posibilidad, por lo que la fórmula “realizar actuaciones manifiestamente injustas” sería inútil.

Esta ambigüedad enorme deviene derechamente en inaceptable cuando se le suma el segundo requisito adicional que requiere el artículo 275, esto es “torciendo con ello la recta aplicación de la justicia”. La utilización del gerundio y la fórmula “con ello” permite interpretarlo tanto como que necesariamente se tuerce la administración de justicia mediante las acciones anteriores –esto es, que cada vez que se incurre en una de las acciones lesivas del artículo 275 infringiendo el principio de objetividad se tuerce la administración justicia- o como que es un resultado ulterior que requiere el tipo, es decir, como un resultado adicional al resultado inmediato de la acción y a la infracción al principio de objetividad.

Por lo demás, de interpretarse de la segunda forma, también es ambiguo el status del resultado adicional que se exige. ¿El que se tuerza la aplicación de la justicia significa que debe haber una resolución judicial incorrecta causada por la prevaricación del fiscal? Si es así, hay envueltos problemas serios de imputación objetiva. Ello por cierto puede ser tratado por vía dogmática, pero ya la triple ambigüedad creada por este requisito es enorme, absolutamente innecesaria, y complementaria a las otras ambigüedades que ya crea el tipo. Con ello, este tipo resulta irracional prácticamente desde todas las formas de racionalidad bajo las cuales puede ser evaluada la legislación.³³²

c. Apertura concursal

El artículo 275 del Anteproyecto, por último, manifiesta en su propia redacción que no se trata más que de un tipo de punición general de los fiscales del Ministerio Público, al ser redactado como absolutamente subsidiario. Así, el tipo siempre está en situación de concurso aparente con otros tipos concurrentes con una pena superior a éste. Ello, por cierto, salva problemas concursales que se generarían de aceptar un tipo con un ámbito de punición posible tan amplio. Pero nuevamente demuestra que aún a la Comisión le pareció un tipo demasiado genérico y demasiado amplio para no restringirlo de distintas formas.

³³² En la exposición bastante esclarecedora y didáctica, para estos efectos, de **Atienza, Manuel**, Op. Cit. N° 7, páginas 27 y 28, la racionalidad de la legislación se puede evaluar como: “una *racionalidad comunicativa o lingüística* (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una *racionalidad jurídico-formal* (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una *racionalidad pragmática* (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una *racionalidad teleológica* (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una *racionalidad ética* (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética.” Probablemente con excepción de R3, que resulta difícil de juzgar por la difícil comprensión del tipo, aun con los problemas de ambigüedad del tipo, éste es irracional desde todas las otras perspectivas. Respecto de R1, su ambigüedad es manifiesta. Respecto de R2, los problemas de interpretación que tiene en relación el deber de objetividad y los problemas sistemáticos son relevantes. Respecto de R3 y R4, un tipo así tiende a restringir demasiado las conductas de los fiscales y puede ser disfuncional. Finalmente, respecto de R5, resulta manifiestamente lesivo del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad.

Todo esto demuestra que, analizado exclusivamente en relación con su técnica de redacción legislativa, la prevaricación de fiscales del Ministerio Público es el tipo peor configurado de la categoría.

3. La prevaricación administrativa

La redacción de la prevaricación administrativa en el artículo 276 del Anteproyecto, más allá de los problemas sistemáticos que puedan o no reconocerse, es defectuosa. Ya se hizo ver que la utilización de la expresión acto administrativo, que no cubre sólo resoluciones administrativas ligadas a la solución de conflictos, hace insostenible la posibilidad de, al menos, agrupar este tipo en esta categoría.³³³ Pero además, teniendo en cuenta que en el sistema jurídico las potestades administrativas suelen ser formas de creación del derecho antes que de aplicación del derecho,³³⁴ la injusticia del acto administrativo creador de derecho resulta mucho más difícil de evaluar que en un acto aplicador de derecho. Asimismo, su injusticia usualmente va a significar la nulidad del acto en cuestión por no cumplir con las normas que posibilitan el ejercicio de la potestad administrativo. Sin efecto de cosa juzgada, el daño que produce el acto normativo disminuye fuertemente, y los remedios contra éste se amplifican. Por ello, su tipificación de esa forma tampoco parece justificable.

En ese sentido el tipo propuesto por la Comisión sería justificable solo si se redujera a los procedimientos administrativos análogos a los procedimientos judiciales, es decir a resoluciones de conflictos en que hay aplicación del derecho, con algo similar al efecto de cosa juzgada, aunque no hecha por un juez. En el derecho chileno existe, una serie de situaciones de ejercicio cuasi jurisdiccional por la Administración, por lo que el tipo no carecería de verosimilitud para ser considerado un delito contra la Administración de Justicia como bien jurídico funcional. Pero para ello requiere la eliminación de la

³³³ Ver Supra. página 170.

³³⁴ Por cierto, en un nivel lógico, salvo ambos extremos, los actos jurídicos son actos de aplicación y de creación del derecho, como se sabe desde Kelsen. Pero aquí no se trata de una distinción de ese tipo. Se trata simplemente de una distinción entre actos normativos cuyo vínculo con otras normas es mayor y otros actos normativos cuyo vínculo es menor. En la aplicación del derecho por un juez, el contenido de la norma que se crea tiene un campo de discrecionalidad mucho menor que en la aplicación del derecho que se hace al dictar un reglamento. Y esa diferencia es central en los delitos contra la Administración de Justicia, precisamente por la función de la Administración de Justicia.

expresión “realice un acto administrativo”, y de una descripción ligeramente más detallada que muestra de forma clara los elementos que hacen analogables ciertos actos administrativos al ejercicio de jurisdicción.

C. Encubrimiento y obstrucción a la justicia

Las secciones 2 y 3 del Título de delitos contra la Administración de Justicia del Anteproyecto tienen particularidades para el análisis de su redacción legislativa. En el caso de la sección 2, sólo respecto de un tipo vale la pena llevar a cabo el análisis, puesto que los otros dos ya se mostraron sistemáticamente injustificables. En el caso de la sección 3, ya desde un comienzo resulta difícil de ser evaluada positivamente, tanto porque sus tipos no parece cumplir una función específica, como porque la idea de continuidad bajo la que fue concebido se rompió el mismo Noviembre de 2005 en que fue presentado el Anteproyecto al Ministerio de Justicia, por la modificación que sufrieron mediante la dictación de la ley 20.074. Aún así, pueden presentarse críticas adicionales que demuestran lo injustificable de esa propuesta.

1. El encubrimiento en el Anteproyecto

La técnica de tipificación del Anteproyecto en relación con el delito de encubrimiento es, en general, menos deficiente que en otros delitos contra la Administración de Justicia en el Anteproyecto. Los principales problemas del encubrimiento se dan en sus relaciones con la obstrucción a la justicia, pero ello se produce principalmente porque la tipificación de la obstrucción a la justicia resulta deficiente. Pese a ello, algunos problemas persisten.

La tipificación del encubrimiento, en el artículo 277 del Anteproyecto, se realiza a través de la distinción de dos acciones alternativas unidas por un mismo verbo rector: “ayudar”. Las dos formas en que se puede cometer encubrimiento ayudando a otro es ayudándole a que se “aproveche” de lo obtenido con el delito o ayudándole a “eludir” la acción de la justicia. Ello básicamente reproduce las mismas distinciones que llevan a cabo el Código Penal Alemán, que distingue entre un tipo de favorecimiento y otro de

impedimento del castigo, y el Código Penal Español, el que utiliza el verbo rector “intervenir” y distingue entre tres formas alternativas de comisión de encubrimiento.

La propuesta de la Comisión, en ese sentido, es sensata, siguiendo a grandes rasgos sus modelos. Pese a ello, al menos tres críticas pueden plantearse:

a. Utilización de un mismo verbo rector

La propuesta de la Comisión en la tipificación del encubrimiento hace compartir a las dos formas de encubrimiento, el favorecimiento y el impedimento, el mismo verbo rector “ayudar”. El Código Penal Alemán, en su §258³³⁵, no utiliza el verbo “ayudar” (*hilfen*), o algún sinónimo, respecto del impedimento en general, y sí lo hace, en cambio, respecto del favorecimiento en su §257. La razón es evidente. Tratándose del favorecimiento, el tipo tiene que exigir requisitos más fuertes de intención de parte del agente, puesto que la intención del agente no es directamente negar la Administración de Justicia como bien jurídico. Ello presupone tanto conocimiento cierto del carácter antijurídico del delito que se encubre, como voluntad de ayuda específica hacia la persona que cometió ese delito. No sucede lo mismo con el impedimento. En el caso del impedimento, el carácter de injusto de la acción se manifiesta directamente en su relación con la Administración de Justicia como bien jurídico, en particular con una pretensión de negación de la persecución penal. Por ello el Código Penal Alemán utiliza derechamente un verbo resultativo como “impedir” (*vereiteln*), pese a que sí contiene algunos requisitos adicionales de imputación subjetiva.

En el caso del Código Penal Español, en su artículo 451,³³⁶ la utilización de los verbos rectores del encubrimiento es un tanto confusa. La hipótesis del número 2 describe con precisión las formas en que se puede encubrir mediante impedimento, siendo básicamente formas análogas a la obstrucción a la justicia pero fuera del contexto específico del proceso. Sí utiliza, en cambio, el verbo ayudar cuando se trata de delitos particularmente importantes, o de encubrimiento por funcionarios públicos. Es decir, el

³³⁵ Cfr. Anexo III.

³³⁶ *Ibíd.*

Código Penal Español prefiere describir con precisión las formas de impedimento, y utiliza el verbo ayudar como su fórmula genérica, pero sólo respecto de delitos importantes. Por lo que la elección del verbo ayudar, al igual que en el Anteproyecto, es una elección de generalidad. La diferencia radica en la inclusión de tipos específicos de impedimento.

Todo ello demuestra que, desde un punto de vista funcional, el impedimento es una forma de desprecio hacia la norma mucho más fuerte que el favorecimiento, y por ello sus requisitos adicionales de imputación subjetiva son requisitos cognitivos y no requisitos volitivos. La elección del verbo “ayudar” tiende a distorsionar esto, por lo que la tipificación sería más precisa si distinguiera el verbo rector de ambas acciones, como lo hace el Código Penal Alemán.

b. Relativa imprecisión en la descripción de las acciones y en los requisitos de imputación

La descripción del favorecimiento, y sobre todo del impedimento, tiende a ser imprecisa en el Anteproyecto. En el caso del favorecimiento, la fórmula utilizada es “[ayudar] a que se aprovechen de lo obtenido con el delito”. Pese a que ningún juez sensato debiera tener problema en identificar la expresión “lo obtenido” con “las ventajas del hecho antijurídico”, o alguna fórmula más precisa, sí hay problemas respecto del término “aprovechamiento”. De lo que se trata en el favorecimiento, en general, es del aseguramiento total de la esfera de custodia o de la realización definitiva de un desplazamiento patrimonial, produciéndose en consecuencia un aseguramiento de las ventajas del delito en estadios posteriores a la consumación del tipo. La ayuda al aseguramiento pre-consumación de la custodia es, evidentemente, una forma de participación³³⁷, puesto que el bien jurídico que se afecta es aquel involucrado en el delito original. Y precisamente la importancia del tratamiento dogmático del encubrimiento está en distinguir entre aquellas actuaciones anteriores a

³³⁷ Ello puesto que la consumación de tipos contra la propiedad y el patrimonio se produce, precisamente, al momento de la constitución de una nueva esfera de custodia y al momento del desplazamiento patrimonial.

la consumación, y aquellas actuaciones posteriores a la consumación que, sin embargo, son relevantes normativamente. La combinación de los verbos “ayudar a aprovecharse” no pone suficiente énfasis sobre este fenómeno, de la forma en que lo pone la expresión verbal “ayudar a asegurar”. No se trata, por cierto, de un problema mayor. Dogmáticamente el resultado debiera ser el mismo. Pero siempre es importante tipificar con la mayor precisión posible.

Respecto de la descripción del impedimento, antes que errores involuntarios parece haber una decisión que resulta errada respecto de las exigencias del tipo.

La fórmula utilizada por el Anteproyecto es “[ayudar] a eludir la acción de la justicia”. Ello se contrapone al seco, y resultativo, “impedir” del Código Penal Alemán y a la precisa descripción del artículo 451 número 2 del Código Penal Español. Con ello, el Anteproyecto ya manifiesta, como se señaló, mayores requisitos subjetivos de imputación y menores requisitos objetivos de imputación.

Por otro lado, el Código Penal Alemán derechamente requiere de un fracaso, aunque sea parcial, de la persecución penal, puesto que se trata de un delito resultativo. De otra forma no habría resultado que imputar. El Código Penal Español también requiere de resultados, aunque sin conexión directa con el bien jurídico en su número 2, y no así en cambio en el número 3, redactado de forma similar al Anteproyecto pero con requisitos adicionales. Esta exigencia de resultado, a diferencia de las exigencias volitivas, no se manifiesta en el Anteproyecto. Pese a que el verbo “eludir” podría interpretarse exigiendo el mismo resultado que el verbo “impedir”, es improbable que se haga siempre así.

Todo esto demuestra que, en la tipificación del impedimento, éste plantea en abstracto un dilema: o se exige una mayor conexión subjetiva y un menor disvalor de resultado, o derechamente se asume el punto de vista del objeto de protección, se disminuyen los requisitos subjetivos, y se aumentan los requisitos objetivos al exigir un resultado preciso. El Anteproyecto parece haber elegido disminuir los requisitos de resultado del tipo, a cambio de un aumento innecesario de sus requisitos subjetivos. Desde el punto

de vista de las relaciones con el objeto de protección, esta decisión, aunque posible y legítima, resulta errada desde una perspectiva funcional.

Asimismo, el Anteproyecto tiene un problema de redacción que es necesario corregir en la utilización de la expresión “de cualquier forma”. Esa disminución arbitraria de los requisitos de imputación no tiene ninguna justificación. El tipo siempre requiere de relevancia para ser imputable, y por lo tanto disminuir sus requisitos de relevancia, y además hacer confusos los requisitos de imputación subjetiva introduciendo esta fórmula, resulta injustificable.

De esta forma, se emplearon dos formas de ampliación del ámbito de punibilidad del impedimento, ninguna de las cuales parece razonable. Esta construcción amplia del tipo, que no sigue correctamente ni el modelo resultativo alemán, ni el modelo de casos del Código Penal Español, puede explicarse por la intención de que, en conjunto, obstrucción a la justicia, encubrimiento y receptación abarquen la mayor cantidad de casos posibles. Por ello, es posible interpretar que cualquier ayuda al imputado es punible en el encubrimiento del Anteproyecto, mientras que sólo es punible la voluntad de punir al imputado injustamente cuando se enmarca en los requisitos más específicos del artículo 280 inciso segundo, relativo a la obstrucción a la justicia, el que además tiene una pena inferior.³³⁸ Esa forma de relacionar obstrucción a la justicia y encubrimiento tampoco parece justificable, sobre todo si además se los incluye en párrafos separados. Eso lo demuestra de forma particularmente fuerte el propio Anteproyecto, que incluye un tipo especial impropio de fiscales en la sección 3 relativo tanto a lo dispuesto en el tipo de obstrucción a la justicia (sección 3), como en el “párrafo anterior” (relativo al encubrimiento, receptación y obstrucción a la justicia).³³⁹

³³⁸ Como se verá a continuación, esta interpretación también es conflictiva. La redacción permite interpretar tanto que los antecedentes tienen que obrar a favor de imputado para que haya obstrucción a la justicia, como que la intención al destruirlos es favorecer al imputado.

³³⁹ Esto además esconde las diferencias que pueden existir en un caso y otro en la necesidad de mayor castigo a los fiscales, e incluso en relación con la situación del fiscal frente al tipo respectivo. Su situación en los casos de encubrimiento y obstrucción a la justicia por encubrimiento es grave por la relación funcional de su cargo. No así en los otros casos.

c. Desprendimiento débil de su condición de antigua forma de participación de la Parte General

Los sistemas jurídicos modernos suelen tener una reacción más o menos traumática cuando reforman sus Códigos Penales y establecen al encubrimiento como delito de la Parte Especial. Ello puede llegar a significar que se afirme incluso que el encubrimiento es una figura de la Parte General inserta como tipo en la Parte Especial.³⁴⁰ Más allá de la contradicción conceptual envuelta en dicha afirmación, no es más que una manifestación del trauma de este salto. Frente a ello, las propuestas de tipificación pueden adoptar dos respuestas. O tomar en serio la inclusión del encubrimiento como figura de la Parte Especial, y desprenderlo lo más posible de sus características de antigua forma de participación, o no tomar en serio este desprendimiento, y simplemente adoptar la tipificación del encubrimiento como una solución de compromiso a las contradicciones conceptuales que envuelve considerar al encubrimiento como una forma de participación. Es decir, o elige asignarle importancia a las construcciones conceptuales frente a intuiciones político criminales, o elige no asignarle ninguna importancia y seguir intuiciones. Aunque injustificable, lo segundo es comprensible cuando se hace directamente por legisladores. Pero es una forma de acercamiento que debe evitarse en un trabajo dogmático.

Por cierto, ningún Código relevante es completamente consistente o completamente inconsistente al respecto. Todos suelen establecer, por ejemplo, que la pena no puede exceder a la pena del delito encubierto. Y lo justifican no por razones dogmáticas, sino por razones político criminales que, al favorecer al imputado, están permitidas en las construcciones dogmáticas conceptuales. Ello no es completamente consistente con la idea del encubrimiento como figura autónoma, cuya penalidad debiera evaluarse sólo a la luz de la lesividad que le asignamos frente al bien jurídico Administración de Justicia, en relación con la importancia que le asignamos a ese bien jurídico, y no en relación con los intereses individuales que se ven lesionados anteriormente por otro. Pero pese que esta limitación no es completamente consistente, es aceptable. En cambio cuando, además de limitar de esta forma, la pena se deja fuertemente

³⁴⁰ Muñoz Conde, Op.Cit. N°97.

indeterminada, el encubrimiento empieza nuevamente a parecer una figura puramente adscriptiva de la Parte General.

Eso sucede en el Anteproyecto, el que en su artículo 277, le asigna una pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados. Es cierto que varios delitos contra la Administración de Justicia tienen una apertura de este tipo en la determinación de la pena. Pero si, como el Anteproyecto, se elige un sistema de determinación de la pena rígido, entonces no es justificable que en un tipo particularmente sensible en la determinación de la pena no se utilice el propio sistema de determinación que se eligió. Sin lugar a dudas, ello va a llevar a que se gradúe la pena en relación con la gravedad del delito, tratándolo como un delito accesorio, categoría inventada por la doctrina española precisamente para tratar este delito de la Parte Especial como figura de la Parte General, en condiciones que la afección a la norma y, por lo tanto, la necesidad de pena no se determina necesariamente en relación con la gravedad del delito encubierto. Por ello, esta tipificación es errada.

2. La obstrucción a la justicia

La propuesta de tipificación de la obstrucción a la justicia de la Comisión, que pretendía justificarse como continuista, dejó de poder ser calificable de esa forma. Prácticamente el mismo texto propuesto por el Anteproyecto fue identificado como necesitado de reforma por el legislador, y reformado en el año 2005 mediante la ley 20.074. Eso ya es una razón fuerte para rechazar esta propuesta. Sistemáticamente, además, tiene varios problemas de importancia. Pero la redacción legislativa tampoco es particularmente justificable, con lo que la propuesta resulta aún más débil.

Como ya se explicó, la obstrucción a la justicia del artículo 280 del Anteproyecto incluye tres acciones distintas.³⁴¹ La primera es una forma de desobediencia en proporcionar antecedentes relacionados con hechos punibles, y se encuentra redactada de forma separada de las otras dos. La segunda acción se refiere a la destrucción y ocultamiento de ciertos antecedentes relacionados con hechos punibles,

³⁴¹ Ver Supra. páginas 158 y siguientes.

mientras que la tercera es relativa a la presentación de antecedentes falsos. La segunda y la tercera formas de obstrucción a la justicia parecen estar agrupadas, pese a constituir acciones distintas, por ser ambas subsidiarias al encubrimiento.³⁴²

Más allá de las críticas sistemáticas ya expuestas, que son lo central a este respecto, el artículo 280 del Anteproyecto puede ser criticado en relación con, al menos, dos puntos.

a. La excesiva ampliación del ámbito de punibilidad frente a las figuras anteriores

Ya se explicó que el artículo 280 del Anteproyecto no es más que una versión revisada por la Comisión del antiguo artículo 269bis del Código Penal.³⁴³ En condiciones que ya el ámbito de punibilidad del artículo 269bis fue considerado legislativamente ajeno a un sistema procesal penal reformado, los cambios que propuso respecto de este artículo la Comisión, que tienen simplemente por objeto ampliar ese ámbito de punibilidad –más allá de corregir los defectos de la asignación de la penalidad que ese artículo tenía-, resultan completamente injustificables.

Esto puede verse al analizar las variaciones del artículo 280 del Anteproyecto respecto del antiguo artículo 269bis del Código Penal, las que, en general, tienden a incrementar el ámbito de punibilidad de la obstrucción a la justicia, todavía pensada como desobediencia y encubrimiento menor. Así, la propuesta del Anteproyecto incluye al fiscal del Ministerio Público como posible sujeto pasivo de la desobediencia, y extiende la obstrucción a la justicia desobediencia a la etapa de investigación del proceso penal. Ambas son ampliaciones relevantes respecto del antiguo tipo del artículo 269bis del Código Penal. En ese sentido, sin tener ningún argumento que

³⁴² En todo, Cfr. Anexo I.

³⁴³ El artículo 269bis del Código Penal en su versión original disponía: “El que se rehusare a proporcionar a los tribunales de justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan establecer la existencia de un delito o la participación punible en él, o que, con posterioridad a su descubrimiento, destruya, oculte o inutilice el cuerpo, los efectos o instrumentos de un crimen o simple delito, será sancionado con la pena señalada para el respectivo crimen o simple delito, rebajada en dos grados. Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 de este Código y el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal.”

justifique el mantenimiento de esos tipos, y menos argumentos que justifiquen su ampliación, la propuesta de la Comisión es inaceptable. Ya existían buenos argumentos para considerar a la obstrucción a la justicia / encubrimiento menor como inútil, y a la obstrucción a la justicia / desobediencia como injustificable en sí, o al menos demasiado amplia.

La ampliación que llevó a cabo la Comisión, como ya se vio, no sólo crea problemas sistemáticos, sino que hace sospechosa a la obstrucción a la justicia de ser un tipo disfuncional. Un tipo de encubrimiento menor, esto es un tipo con un ámbito de punibilidad ampliamente compartido con el encubrimiento pero con menores requisitos de imputación, no parece tener justificación posible. En el derecho comparado, la relación entre obstrucción a la justicia y encubrimiento es de complementariedad, cubriendo ambos aspectos funcionales distintos, con criterios fuertes que los diferencian, como la existencia del proceso en un caso. No es el caso aquí. Se trata de un tipo con un contenido común demasiado amplio. La utilización de la expresión “sin incurrir en el delito de encubrimiento” del artículo 280 es sintomática de esa disfuncionalidad de esta forma de obstrucción a la justicia.

Ello lleva a que la propuesta de redacción de la Comisión sea injustificable salvo, precisamente, en la parte que mantiene el contenido vigente del tipo de obstrucción a la justicia, la presentación intencional de antecedentes falsos.

b. Los problemas creados por la expresión “a favor del imputado”

El tipo del artículo 280 es particularmente conflictivo en su forma de “encubrimiento menor” del inciso segundo, no sólo desde un punto de vista sustantivo y sistemático, sino en la comprensión misma del tipo. La técnica de redacción es deficiente, por lo que se crean problemas de ambigüedad que dan lugar a una irracionalidad lingüística.³⁴⁴

³⁴⁴ Cfr. **Atienza, Manuel**, Op.Cit. N° 7, páginas 28 y siguientes.

La acción consiste en destruir, ocultar, o inutilizar posibles medios de prueba “a favor del imputado” y “sin incurrir en el delito de encubrimiento”. De la lectura directa de la expresión “medios de prueba a favor del imputado”, pareciera ser que requiere de una forma fuerte de afección a medios probatorios que puedan favorecer al imputado, por lo que se distingue precisamente del encubrimiento en que se pretende perjudicar al imputado, mientras que en el encubrimiento se lo pretende favorecer. Esa interpretación haría que el tipo tuviera un objetivo preciso, completamente distinto de la justificación funcional del encubrimiento, y que sus relaciones con el encubrimiento no fueran tan conflictivas.

Sin embargo, la inclusión de la fórmula “sin incurrir en el delito de encubrimiento” manifiesta que el objeto de la creación de este tipo de obstrucción a la justicia fue simplemente ampliar el ámbito de punibilidad del encubrimiento, constituyéndolo en un delito de “encubrimiento menor”. Pese a que esa interpretación es gramaticalmente conflictiva, ya que la forma correcta de expresar esta idea sería con la expresión “para favorecer al imputado”, integrando así directamente la voluntad de favorecer como un requisito adicional del tipo subjetivo, la inclusión de la expresión “sin incurrir en el delito de encubrimiento” confirma que, al menos para la Comisión, el objeto de este tipo es cubrir las áreas que no alcanza el encubrimiento. Pero la disfuncionalidad de una propuesta tal, junto con la ambigüedad de la expresión, probablemente darían lugar a que aquellos jueces que utilicen herramientas de interpretación constructiva lo interpreten como exigiendo un ánimo de perjuicio, y no de favorecimiento, al imputado. Dicha ambigüedad, y este posible conflicto, es inaceptable en sede legislativa, puesto que la labor primaria de la técnica de redacción en materia penal es evitar ambigüedades.

Sin duda alguna, y más allá de los problemas relevantes de agrupación de la sección 2, la sección peor lograda del Anteproyecto es esta sección 3, la que tiene problemas de justificación sustantiva importantes, problemas de sistematización muy relevantes, problemas de justificación funcional, y finalmente problemas de redacción.

D. Falso testimonio, presentación de pruebas falsas y perjurio

La sección de falso testimonio y de perjurio recoge básicamente la versión vigente de estos tipos, la que a diferencia de otros delitos contra la Administración de Justicia, no tiene problemas mayores de redacción. Más allá de que el perjurio tenga problemas importantes de sistematización, en el caso del falso testimonio, tipo central de la categoría, la propuesta de la Comisión es sólida tanto en su sistematización como en su redacción. Al tratarse de un tipo que sistemáticamente se caracteriza por enmarcarse en el contexto especial del proceso, y que no tiene una contraparte que tenga relaciones sistemáticas conflictivas con éste, todo el peso de la correcta tipificación del falso testimonio está entregado a su correcta redacción interna. Y ésta, como se pasará a analizar, no es particularmente conflictiva en el Anteproyecto.

1. Falso testimonio

La propuesta de redacción del falso testimonio del Anteproyecto funciona sobre la calificación típica de la acción como “[faltar] a la verdad en su declaración” “ante un tribunal”, contenida en su artículo 285. Los sujetos activos posibles son los testigos, peritos o intérpretes. La asignación de penalidad no varía dependiendo del sujeto activo, como en otros ordenamientos, pero sí varía en relación con el proceso en cuestión y en relación con el afectado individualmente por la falsedad. Así, la pena es superior cuando se trata de un proceso penal, y se impone en su grado máximo cuando se declara falsamente contra el imputado o acusado en proceso penal. Es decir, reconoce correctamente distinciones por afecciones auxiliares a derechos individuales.

Si se la compara con la redacción actualmente vigente del falso testimonio, no es más que una versión cuyo contenido es prácticamente igual, pero con una redacción mucho más simple y sólida. En ese sentido, constituye el tipo mejor logrado de toda la sección.

La inclusión de una cláusula de retractación oportuna, en el artículo 287, también es correcta. Esta cláusula distingue entre retractación oportuna simple y retractación

oportuna calificada, siendo la primera una causal de rebaja de la pena, y la segunda una causal de exención de responsabilidad penal. El criterio para distinguir una de otra no atiende a consideraciones subjetivas, lo que sería sumamente complejo de considerar, sino a consideraciones objetivas relativas a los efectos del mantenimiento de la declaración falsa como medio de prueba. En ese sentido adopta un criterio político criminal de determinación de la calificación de la retractación oportuna, cuyo objeto es tender a incentivar la retractación de forma fuerte en casos importantes. Pese a que no es probable que cumpla esa función, al tratarse de una regla que favorece al eventual imputado original y al imputado por falso testimonio, no tiene problemas con el principio de proporcionalidad.

2. La presentación de pruebas falsas

El Anteproyecto contiene dos tipos distintos de presentación de antecedentes falsos.

a. La presentación de antecedentes falsos en un proceso

El tipo del artículo 286 del Anteproyecto se refiere a la presentación de distintos tipos de medios probatorios falsos “ante un tribunal”, es decir en el contexto específico del proceso. El tipo puede referirse tanto a la presentación directa de antecedentes falsos, descritos por el artículo 286 como “documentos, objetos u otros medios de prueba falsos o adulterados”, o a la presentación de testigos, peritos o interpretes que cometan falso testimonio. En este caso, se trata de una forma especial de accesión a dicho injusto, por lo que tendría que considerarse que el Anteproyecto también reemplaza a las reglas generales de autoría y participación en este tipo.

El artículo 286 incluye formas especiales de determinación de la pena para abogados, y para fiscales del Ministerio Público que “con su conducta logra[n] la dictación de una sentencia condenatoria firme”. Pese a que no sea incorrecto desde un punto de vista de la consideración de la afección a bienes jurídicos individuales auxiliares, la inclusión de la regla de los fiscales del Ministerio Público puede resultar conflictiva en la

demostración del vínculo de imputación objetiva entre presentación de antecedentes falsos y obtención de la sentencia condenatoria.

Todas estas normas no tienen problemas específicos de ambigüedad. La redacción, en general, es clara. Pero el tipo de presentación de testigos, peritos o intérpretes falsos parece no cumplir una función específica, considerando que las reglas de participación debieran ser suficientes para obtener, con exactamente los mismos requisitos adscriptivos, exactamente el mismo resultado.

Más allá de eso, el tipo del artículo 286 del Anteproyecto no tiene problemas mayores.

b. La presentación de antecedentes falsos fuera del proceso

Un tipo de esta naturaleza sólo resultaría justificable si se da en situaciones específicas que puedan ser asimilables al proceso propiamente tal. En ese sentido, bajo el mismo argumento de verosimilitud que el que puede entregarse respecto de la prevaricación administrativa como delito contra la Administración de Justicia³⁴⁵, debieran aplicarse las mismas reglas de determinación de lo que constituye un procedimiento administrativo asimilable a un proceso judicial.

Por ello, lo importante en un tipo como el del artículo 288 del Anteproyecto inciso segundo es poder identificar correctamente a esos procedimientos asimilables al proceso. Y la Comisión no lo hace correctamente, ya que incluye expresamente a los “proceso[s] de fiscalización”. Esto hace que esa propuesta en particular sea injustificable.

Respecto del perjurio ya se dijo que, fuera de la situación específica del procedimiento administrativo asimilable al proceso, no puede constituir un delito contra la

³⁴⁵ El argumento de verosimilitud apunta, simplemente, a que pese a que conforme a las normas del sistema los organismos de la Administración Pública no puedan ejercer formalmente jurisdicción –hay una regla privativa de ello–, pragmáticamente lo hacen en algunas situaciones. Como el bien jurídico se configura pragmáticamente y no orgánicamente, no hay problemas en considerar que puede haber una prevaricación administrativa y, por lo mismo, falso testimonio en sede administrativa. Pero lo relevante es determinar las condiciones pragmáticas de ejercicio de la Administración de Justicia.

Administración de Justicia.³⁴⁶ Por ello no vale la pena referirse al tipo del artículo 288 inciso primero en esta instancia.³⁴⁷

3. La necesidad de un tipo especial de inducción al falso testimonio

Más allá que no existan problemas muy relevantes en la redacción legislativa de esta sección, sí es importante incluir en ésta una regla especial de castigo autónomo de la inducción al falso testimonio. Lo anterior ha sido reconocido en el derecho alemán y resulta particularmente relevante por tratarse de delitos que, como se ha señalado, deben considerarse que deben cometerse de propia mano. Por ello, en condiciones que es usual que abogados y partes induzcan a dar testimonios falsos, la existencia de una regla de este tipo es esencial por cuestiones adscriptivas prácticas.

E. Conclusión

La redacción legislativa de los delitos contra la Administración de Justicia en el Anteproyecto sufre de una serie de problemas, concentrados principalmente en sus tres primeras secciones.

En el caso de las prevaricaciones, las conductas auxiliares –prevaricación por omisión, prevaricación de fiscales y prevaricación administrativa– resultan injustificables en su redacción.

Mucho más conflictiva es la relación entre encubrimiento y obstrucción a la justicia. Aunque la primera no tiene problemas importantes de redacción, la obstrucción a la justicia padece de una serie de ambigüedades, sumadas a sus problemas sistemáticos y de legitimación sustantiva, que terminan afectando de tal forma a ambos, que hacen injustificable a un proyecto que incluya a ambos tipos.

³⁴⁶ Ver Supra. páginas 171 y 172.

³⁴⁷ Las críticas a la redacción de los artículos 289 y 290 del Anteproyecto, relativas a la “prevaricación del abogado”, ya fueron expuestas, precisamente porque se trataba de puras cuestiones sistemáticas y de justificación sustantiva, que hacían injustificables a estos tipos como delitos a la Administración de Justicia por la fuerte desformalización que sufrieron.

Finalmente, pese a que tiene una redacción sólida en su figura central, los tipos auxiliares de la sección de falso testimonio tienen problemas de redacción que se suman a los problemas sistemáticos ya detectados. En ese sentido, aunque de forma mucho menos fuerte que en las otras secciones, la sección 5 requiere de varios ajustes.

Con la presentación de esta serie de críticas a la redacción legislativa de distintos tipos incluidos en el apartado de delitos contra la Administración de Justicia del Anteproyecto, se ha terminado de identificar los tipos incluidos en el Anteproyecto que requieren de un cambio fuerte, los tipos que requieren cambios en su redacción, y los tipos que están solidamente redactados y que sólo requieren de ciertos ajustes. En esta matriz, por ejemplo, la crítica ha permitido reconocer que la propuesta de obstrucción a la justicia requiere de un cambio fuerte, cambiando casi completamente el objeto del tipo, ya que es disfuncional en sus relaciones con el encubrimiento y se encuentra muy mal redactada. Los delitos de jueces requieren de ciertos ajustes, y varias eliminaciones, mientras que el tipo de falso testimonio es suficientemente sólido en su redacción para requerir sólo de ciertos ajustes menores, en relación con las conductas auxiliares tipificadas en la sección correspondiente. Existen, asimismo, tipos que se ha demostrado deben ser cambiados de posición sistemática, por lo que no corresponde proponer una propuesta de redacción legislativa en este trabajo. Y hay varias conductas que, por cuestiones de punibilidad o penalidad, deben ser especificadas.

La crítica que se ha llevado a cabo hasta aquí se ha centrado, sobre todo, en la identificación de distintos deberes y de sus conexiones funcionales con el bien jurídico y sus distintas manifestaciones. Ese trabajo primario, central, en la creación de un proyecto legislativo penal, ha sido construido de forma suficientemente completa en la conjunción de los cinco primeros capítulos, como para poder construir desde esta base teórica de evaluación crítica, una propuesta creativa consistente y justificable teóricamente. En ese sentido, aunque existe un solo capítulo dedicado directamente a la creación y justificación de una nueva propuesta de delitos contra la Administración

de Justicia, todos los capítulos se orientan mediatamente a ese fin. Y, por ello, el punto central de este trabajo resulta el más simple de realizar, ya que no es más que la conjunción de todos los anteriores, aunque es el más delicado.

CAPÍTULO VI. HACIA UNA PROPUESTA ALTERNATIVA DE TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

A. Introducción

La exposición teórica de una forma de construcción del bien jurídico Administración de Justicia, junto con la construcción de distinciones relacionadas con las manifestaciones de deberes vinculados con la creación de este bien jurídico, permiten que, al momento de la propuesta de una nueva tipificación, sólo sea necesario reconstruir de forma explícita y más precisa estas categorías de deberes, y luego poder describirlas de forma suficientemente precisa para que los tipos sólo expresen conductas con relaciones funcionales fuertes con el bien jurídico, y para que tampoco den lugar a ambigüedades importantes en el trabajo interpretativo relacionado a ellos. Esto significa, básicamente, que todo el trabajo central ya ha sido desarrollado, y ahora sólo queda ordenarlo de una forma tal que permita construir con la delicadeza artesanal necesaria cada uno de los tipos en cuestión.

Como ya se señaló al momento de introducir las distintas formas de críticas, la delicadeza de la sistematización y redacción legislativa penal no pretende anticipar, tratar y solucionar todos los problemas de imputación que puedan generarse. No sólo por una relativa indeterminación de propósitos y conocimiento imperfecto de las circunstancias futuras es que es imposible llevar a cabo una labor de ese tipo, sino porque se trata de un trabajo que requiere de adecuación diacrónica y, por ello, un trabajo de sobre-anticipación sería indeseable. Ese trabajo le corresponde a la dogmática. La crítica, por lo mismo, nunca se centró en los problemas generales de autoría y participación, iter criminis, o imputación subjetiva, por ejemplo, a que dan lugar ciertos delitos contra la Administración de Justicia. Es evidente que en algunos casos los problemas de imputación en cuestión sí pueden ser tratados parcialmente por vía legislativa, o pueden existir problemas de imputación que sólo son creados por una propuesta de redacción específica, pero que no debieran ser consecuencia de su tipificación general, sino sólo de la propuesta que se critica. Pero, en general, de lo que se trata en la creación de un proyecto es de mantener la consistencia funcional

con la protección del bien jurídico en cuestión, de mantener la consistencia en la identificación de deberes y en las relaciones entre distintas clases de deberes conectados funcionalmente, y de entregar una propuesta de redacción que sea suficientemente sólida para no dar lugar a ambigüedades innecesarias.

En el resto, en lo que constituye la redacción propiamente tal, se trata simplemente de un trabajo casi artesanal. Se trata de tomar las distinciones ya identificadas, ya expuestas y desarrolladas, y darles forma a partir de una construcción expositiva por medio de palabras no ambiguas y consistentes en sus relaciones con las otras palabras con las que tienen conexiones, en razón de compartir las categorizaciones que se hicieron en el trabajo teórico y no artesanal de construir clases de deberes.

Para llevar a cabo este último trabajo, en una primera parte se expondrán de modo preciso las distinciones que guían la construcción de esta propuesta de categoría, y que permiten una clasificación interna consistente de los tipos en cuestión. Aunque este trabajo ya ha sido realizado a lo largo de este estudio, ahora se trata de concentrarlo y exponerlo de forma que permita construir una propuesta de redacción legislativa. Esta exposición general terminará con una identificación general de las conductas etiquetadas que deben incluirse en un proyecto consistente con el punto de vista de la conexión con bienes jurídicos, y en la propuesta de un orden razonable que pueden seguir estos deberes etiquetados. Posteriormente se tratará cada una de estas conductas, proponiendo una redacción a la luz de la experiencia de la Comisión en la creación del Anteproyecto, y a la luz de las críticas formuladas a éste en los Capítulos IV y V.

B. Identificación de expectativas que requieren de estabilización específica, sistematización, y otras decisiones generales

Los delitos contra la Administración de Justicia protegen, funcionalmente, la creación de un bien que permite la estabilización de expectativas normativas, el cual es una condición necesaria pero insuficiente de la libertad de acción en sociedades modernas.

Los delitos contra la Administración de Justicia, por lo tanto, tienen como justificación la protección de una obligación que, en abstracto, es activa,³⁴⁸ y que además es siempre insuficiente para producir el resultado que se espera. Por ello, su justificación provisional es precaria, y requiere de razones específicas que justifiquen tanto la obligación como su exigibilidad mediante normas de sanción penales.

De lo que se trata en esta primera parte es de exponer, en primer lugar, las distintas formas de justificación de deberes que pueden tener una conexión con la creación del bien jurídico Administración de Justicia, para así poder proceder a identificar los deberes relevantes, y a clasificar estos deberes. Con ello se intentará una clasificación de los delitos contra la Administración de Justicia, cuyo criterio primario sea la justificación del deber relacionado con el bien jurídico.

1. Las formas de justificación de las obligaciones relacionadas con la creación de la Administración de Justicia

La justificación de la obligación de aporte en la estabilización de expectativas tiene una primera distinción obvia, como ya se ha señalado.³⁴⁹ Puede tratarse de un deber impuesto a funcionarios por sus obligaciones en condiciones de tal, en cuyo caso su justificación no es problemática, o puede tratarse de un deber que se impone a los ciudadanos, en cuyo caso la justificación sí es problemática y requiere de argumentos adicionales.

En el caso de los funcionarios, el deber forma parte del cargo mismo, por lo que la obligación en sí no tiene problemas mayores de justificación. Además, se trata de una obligación que tiene un grado de autonomía puro, puesto que el sujeto se impone a sí mismo esa obligación en el momento en que asume el cargo. La existencia de una

³⁴⁸ Esto no quiere decir que se trata de afecciones por omisión. Pese a que las obligaciones se justifiquen en la falta de contribución a la creación de un bien jurídico, por las particularidades de los deberes penales se suelen concretar como afecciones activas. Pero la obligación con la Administración de Justicia, con independencia de su concreción penal, es activa. Se trata de contribuir a la creación del bien, pese a que penalmente se concrete generalmente como obligación de no perturbar la creación del bien.

³⁴⁹ Ver Supra. páginas 78 y siguientes.

obligación sin un status específico no es razón suficiente para la justificación del refuerzo por una norma de sanción penal, pero es un antecedente importante.

La autonomía de la obligación en el caso de particulares es sólo indirecta, puesto que la ley la impone sin mediar actos específicos de aceptación de la obligación.³⁵⁰ Si bien la ley ya es un instrumento de justificación de la imposición de obligaciones y de la consideración de éstas como obligación del sujeto y no como obligación heterónomas de otro, en el caso del derecho penal la obligación requiere de una justificación adicional por la conminación de la sanción penal, y además porque su infracción es una condición necesaria de la imposición de un mal sin nexo lógico con la infracción de la obligación. Esta necesidad de justificación adicional de los deberes de particulares con la Administración de Justicia es la que permite llevar a cabo una clasificación de estos deberes.

La razón adicional que permite la justificación de la obligación de contribuir a la creación del bien, o de no perturbarla, puede venir dada por el contexto. Como ya se señaló, los dos contextos especiales que requieren de mayor estabilización, y que por lo tanto requieren una garantía de no ser perturbados entregada por la existencia de tipos penales específicos, son el proceso judicial (y eventualmente procedimientos análogos pragmáticamente) y la persecución penal.

Estos son los tres factores que determinan la clasificación de los delitos contra la Administración de Justicia. O bien se trata de delitos justificados primariamente por la posición del sujeto activo – delitos funcionarios contra la Administración de Justicia, particularmente de jueces y funcionarios que resuelven conflictos -, o bien se trata de delitos justificados primariamente por el contexto de la persecución penal –en los que, además, se manifiesta una idea de contribución al derecho y no al injusto-, o bien se

³⁵⁰ Por cierto, el hecho de vivir en la comunidad implica una asunción de las obligaciones que ésta impone por igual a todos. Nuestra comprensión de la ley como fuente de las obligaciones es, al menos desde Locke y Rousseau, que no se trata de una fuente heterónoma de imposición de obligaciones ajena al sujeto, sino que son obligaciones que se auto-imponen, y que por lo tanto resultan justificables. Pero esa justificación es mucho más precaria que la justificación de la obligación que el sujeto se impone directamente a sí mismo. Parte importante de las diferencias de interpretación de obligaciones de fuentes distintas arrancan de esta diferencia categórica.

trata, finalmente, de delitos justificados primariamente por la necesidad de estabilización del contexto especial del proceso, del contexto en el que se estabilizan normativamente las expectativas.

Es importante observar que lo que, en definitiva, debe determinar la posición del tipo es la conexión primaria con la justificación de la obligación. Esto significa que pueden haber tipos cuyo sujeto activo se reduzca a funcionarios públicos, y que sin embargo deban ser clasificados en atención a uno de los otros dos criterios. En su momento se explicará en detalle cuando es directamente la configuración del cargo, y cuando es el contexto de justificación adicional, lo que lleva a tener que incluir un tipo determinado en una u otra categoría.

Este criterio de clasificación permite, parcialmente, determinar el contenido posible de cada una de las conductas respecto de las que entregan una justificación provisional de tipificación. En el caso de los delitos funcionarios, tanto la justificación de la obligación como su importancia funcional en la creación del bien, permiten en principio que la conducta tipificada pueda ser tanto activa como pasiva, siempre que tenga una conexión funcional con la creación del bien jurídico a través del cargo.

En el caso de los delitos relacionados con el contexto de la persecución penal, la obligación de contribución es mucha más precaria por lo que, sujeta a los principios justificadores de la potestad punitiva, sólo admite la tipificación de conductas activas -y por lo tanto de conductas que infringen obligaciones de abstención- a menos que se entregue una razón adicional, la que puede venir entregada, por ejemplo, por la existencia de un cargo. Las formas de desobediencia, si bien manifiestan un claro desconocimiento del derecho y también afectan al bien jurídico, tienen equivalentes funcionales que no permiten tipificarlas con un grado alto de generalidad.

Lo mismo sucede, y con mayor fuerza, en el caso de los delitos justificados en el contexto específico del proceso. Se trata sólo de estabilizar la exigencia de no afectar el contexto mismo del proceso, cómo garante de lo que se discute en él es, al menos, pretendidamente verdadero. Pero no se puede tratar de una obligación de contribuir

generalmente a obtener los fines que cada procedimiento busca. Las formas de desobediencia en el contexto del proceso también tienen equivalentes funcionales, con grados de afección particularmente fuertes, por lo que tampoco es posible tipificar conductas puramente omisivas bajo esta justificación específica de la obligación, a menos que afecciones a derechos individuales actúen como argumento de refuerzo de la justificación.

2. Identificación de conductas que cumplen con los requisitos de justificación

Identificadas las condiciones generales que permiten la creación de tipos en la categoría de delitos contra la Administración de Justicia, se trata ahora de identificar las conductas específicas, reconocibles por ahora sólo en su etiquetación, que merecen ser sancionadas penalmente.

a. Delitos funcionarios contra la Administración de Justicia

Tratándose de delitos funcionarios contra la Administración de Justicia, la determinación problemática se relaciona antes con la identificación de la conexión específica que tiene el bien con el cargo, que con la justificación de la imposición de la obligación.

El caso simple corresponde evidentemente a la prevaricación de los jueces. La prevaricación es manifestación de incumplimiento de la obligación primaria de los jueces, afecta de forma particularmente fuerte a la Administración de Justicia como bien jurídico y se realiza de forma puramente activa.

Sin embargo, existen otras formas de acciones que tienen contenidos de injusto con conexiones directas con el cargo y el bien jurídico. El propio Anteproyecto, pese a pretender reducir los delitos de prevaricación a un solo tipo, se ve en la necesidad de reconocer que existe al menos una conducta adicional que se relaciona directamente con la no estabilización de expectativas constituidas normativamente: la denegación

de justicia.³⁵¹ Esto es, aún bajo la idea de desplazar los tipos compartidos hacia los delitos contra la Administración Pública, es necesario mantener la denegación de justicia como un delito de jueces, puesto que no es meramente una manifestación de infracción a algún principio / presupuesto general de la Administración Pública, como la mayoría de los delitos de jueces que pueden ser reconducidos a los delitos contra la Administración Pública, los que son infracciones al deber general de probidad o, en algún sentido, a la imparcialidad, sino que se trata de una infracción a un deber legal específico, explícito, y propio de la Administración de Justicia. La inexcusabilidad de los jueces, y en general el deber de resolver los conflictos que se someten al conocimiento de la administración de justicia, no tiene una obligación análoga tan fuerte en el ámbito de la Administración Pública general. No es el caso ni del cohecho, ni de la sollicitación, ni de la aceptación de ventajas. En todos estos casos se afecta, por cierto, un presupuesto de la Administración de Justicia - el deber de imparcialidad - y además se cometen actos de improbidad. Pero pese a que la imparcialidad tiene un peso especial en el caso de la Administración de Justicia, el deber en sí es absolutamente compartido con la Administración Pública. Por ello, basta con que la diferencia de penalidad exprese ese mayor peso que tiene en la Administración de Justicia –construyendo un tipo especial impropio dentro de tipos especiales propios-, sin necesidad de provocar los problemas sistemáticos que crea la doble tipificación.

En el Anteproyecto, la Comisión asimiló dos tipos adicionales a la prevaricación: la “prevaricación de los fiscales del Ministerio Público” y “la prevaricación administrativa”. Pese a que los presenta como si hubiera simplemente una diferencia de sujeto activo, ya se vio que no pueden ser tipos que afecten la Administración de Justicia del mismo modo que la prevaricación.

Tratándose de los fiscales del Ministerio Público, sus acciones nunca tienen directamente el sentido directo de estabilizar normativamente las expectativas, sino que sólo contribuyen a ello indirectamente. Por lo tanto, no es directamente la

³⁵¹ El Anteproyecto lo lleva demasiado lejos, y lo identifica a la prevaricación propiamente tal. Eso es un error. Pero no es un error reconocer que la denegación de justicia afecta al bien jurídico Administración de Justicia.

conexión del cargo con la Administración de Justicia, sino su función en la persecución penal, la que podría justificar la tipificación. Las distintas acciones de los fiscales del Ministerio Público que lesionan la Administración de Justicia, son sólo formas particularmente fuertes de afección a la persecución penal, y a través de ella a la Administración de Justicia. No son conceptualmente prevaricaciones.

Por otro lado, ya se explicó que existen distintos argumentos que demuestran que la dictación de actos administrativos incorrectos no puede ser, con ese grado de generalidad, una forma de prevaricación, ni tampoco puede asimilarse la fiscalización a la resolución de conflictos.³⁵²

En el caso de otros tipos de funcionarios en que el cargo justifica primariamente la imposición de la obligación penal, y que no puede ser reconducidos a los delitos contra la Administración Pública, sólo hay diferencias de grados con las conductas señaladas como constitutivas de delitos contra la Administración de Justicia que se justifican primariamente en el cargo. Este es el caso del retardo en la administración de justicia, que tiene similitudes evidentes con la denegación de justicia, es el caso de la prevaricación imprudente, si se decide que debe ser tipificada, y es el caso de las formas más lesivas de denegación de justicia.

b. Delitos cometidos en el contexto de la persecución penal

El contexto de la persecución penal permite justificar la sanción penal del incumplimiento de obligaciones respecto de la Administración de Justicia, pero sólo en lo relativo a la no interferencia en la persecución. Pese a que la Administración de Justicia tiene peso suficiente para exigir obligaciones generales activas de parte de los particulares, no justifica, en cambio, el reforzamiento penal de estas obligaciones generales de contribución con la Administración de Justicia. Sólo justifica obligaciones generales de abstención respecto de ella. El encubrimiento y las distintas formas de obstrucción a la justicia que pueden encontrarse en el derecho comparado son manifestaciones de esta idea.

³⁵² Ver Supra. páginas 170 y 171.

Existen, sin embargo, dos excepciones a la injustificabilidad provisoria de formas omisivas en estos tipos. La primera viene entregada por la posición del cargo frente a la persecución penal. Cuando el ordenamiento establece un vínculo específico directo entre cargo y persecución penal, ciertas formas de tipos omisivos pueden justificarse, y los requisitos de imputación pueden no ser tan estrictos como en el caso de particulares. La segunda excepción la entregan formas de actuación obligatoria en que otro tipo de razones adicionales justifican la imposición de un mandato. El caso más evidente lo constituyen las obligaciones de denuncia. Varios ordenamientos jurídicos establecen formas de denuncia obligatoria cuya omisión se sanciona penalmente, justificadas en virtud de una posición especial que no siempre la entrega un cargo público determinado por reglas jurídicas explícitas. Este es el caso, por ejemplo, de la obligación de denuncia en ciertas formas de lesiones corporales del artículo 200 del Código Procesal Penal, o en general de las denuncias obligatorias de particulares que contiene el artículo 175 del Código Procesal Penal. Como el ordenamiento jurídico ha tomado la decisión de incluir estos delitos en el Código Procesal Penal, y no en un Código Penal, pese a que pueden considerarse conceptualmente delitos contra la Administración de Justicia, no es necesario incluirlos en la categoría. Pero también existen otras formas de actuación obligatoria justificadas en virtud de otros argumentos adicionales. El Código Penal Español, por ejemplo, incluye formas de comparecencia obligatoria cuando se afectan derechos individuales del imputado en sus artículos 463 y siguientes. La obligación general de solidaridad de los particulares pasa a justificar su reforzamiento penal en virtud de la afección a derechos individuales, pese a que la obligación en sí se justifique en la Administración de Justicia.

Dentro de las formas omisivas, la distinción central que hay que marcar consistentemente es entre encubrimiento (de particulares) y obstrucción a la justicia (cometida por particulares). La distinción la permiten trazar, precisamente, los criterios que distinguen los tipos de delitos contra la Administración de Justicia. En el encubrimiento se trata de tipos en que todo el disvalor de injusto se concentra en la negación de la persecución penal. En cambio, la obstrucción a la justicia se manifiesta en el contexto específico del proceso, pero ligado a una persecución penal. Más allá

de la inmensa diversidad de formas de obstrucción a la justicia que pueden reconocerse en el derecho comparado, los tipos que se incluyen esta categoría cumplen con afectar un proceso penal. Puede tratarse tanto de instrumentalizarlo, de llevar a dilapidar recursos de persecución penal, derechamente de afectar burdamente medios de prueba que serán utilizados en éste, o incluso de vengarse contra los testigos, pero siempre se trata de formas de protección adicionales al proceso penal. Por ello se sitúan en el umbral que discurre entre delitos justificados por la persecución penal y delitos justificados en el contexto especial del proceso.

El tercer tipo importante que se enmarca dentro de esta categoría es la imputación / denuncia / acusación falsa, si se la considera un delito contra la Administración de Justicia, la que también se inserta en el umbral entre delitos en la persecución penal y delitos cometidos en el proceso. Aquí el sentido de la acción, sin embargo, no es instrumentalizar el proceso, sino que instrumentalizar la persecución penal. Lo que se protege, por lo tanto, es la no-instrumentalidad de la persecución penal –la garantía de que la persecución penal, el instrumento más lesivo que tiene el Estado sólo cumpla los fines de la pena, entre los que al menos se cuenta estabilizar normas, y no fines particulares-. No se protege, en cambio, directamente al proceso como contexto de veracidad suficiente para la aplicación del derecho. Por ello, no es particularmente relevante que el delito pueda ser cometido en el contexto especial del proceso, o no. Cuando la imputación calumniosa se realiza dentro de un proceso, la justificación de la punibilidad no es la protección de la veracidad del proceso, sino la posibilidad de instrumentalizar la persecución en el proceso, por ser perseguible de oficio el delito imputado.

Existen otras dos clases de conductas que merecen ser incluidas en esta categoría. En primer lugar, la simulación de delitos, que no siempre es incluida como forma de obstrucción a la justicia puesto que no siempre se concreta en un proceso penal formalizado, es una forma de acción que merece ser tipificada tanto porque manifiesta deslealtad al derecho, porque implica la pérdida de recursos de persecución, como porque afecta auxiliariamente a otros. En segundo lugar, las distintas formas en que los funcionarios encargados de la persecución penal pueden afectar a ésta merecen ser

tipificadas de forma especialmente precisa, aunque sea como tipos especiales impropios de las formas de obstrucción a la justicia.

No son, en cambio, formas de afección a la Administración de Justicia justificadas por la protección de la persecución penal ni la receptación, ni el lavado de dinero. En el caso de la receptación hay un cierto desconocimiento del derecho que puede llevar a pensar en agruparla con los delitos contra la Administración de Justicia, pero la solidaridad con la Administración de Justicia no se manifiesta de ninguna forma específica que permita considerarlo como una afección punible y justificable a ésta. De lo que se trata, antes bien, es de la negación del derecho de propiedad, operando una verdadera auto-negación del derecho que se pretenda constituir al receptar, al modo de la famosa sentencia de Kant “si le robas a otro, te robas a ti mismo”. Y si bien puede existir un vínculo con falta de solidaridad con la persecución penal, ese vínculo no es suficientemente fuerte como para justificar, por sí, la imposición de la obligación, existiendo además una afección a una garantía específica, la propiedad, y no sólo una afección a la expectativa general de estabilizar garantías. Ello implica que se trata de una acción que tiene que ser tratada conforme a los criterios de los delitos contra la propiedad, y que los límites de su justificación tienen que encontrarse ahí. En el caso del lavado de dinero, esa conexión aparente con la Administración de Justicia es incluso más débil.

c. Delitos cometidos en el contexto específico del proceso

La última clase general de delitos contra la Administración de Justicia, se encuentra compuesta por aquellos delitos justificados por afectar el contexto específico del proceso, por mostrar deslealtad con el ámbito particularmente protegido en que el derecho funciona, pese a sus deficiencias cognitivas de los hechos.

Los dos tipos centrales de afección al proceso son el falso testimonio y la presentación de pruebas falsas. Al igual que en el caso de la persecución penal, y aquí sin excepciones, las obligaciones cuya sanción penal se justifica son exclusivamente obligaciones de abstención, y por lo tanto las acciones lesivas son únicamente activas.

Se trata, además, de delitos de falsedades que se distinguen de los otros delitos de falsedades simplemente por una consideración: se producen en un contexto que debe ser protegido con particular fuerza contra las falsedades, porque la veracidad en el proceso cumple un rol particularmente relevante –la fiabilidad de la estabilización de expectativas normativas-. Podría argumentarse que ello no constituye una diferencia central con la protección, por ejemplo, de la fe pública tratándose de contextos que también protegen con particular fuerza la veracidad. De hecho esa es la razón por la que una gran cantidad de Códigos tipificaron al falso testimonio como un delito de falsedad general. Pero mientras en los otros contextos especiales se protege una expectativa normativa específica, aquí se protege la posibilidad de estabilizar expectativas normativas por medio de la resolución de conflictos. Esa es la diferencia central entre la clase genérica de delitos de falsedades y los delitos de falsedades contra la Administración de Justicia.

Finalmente existe una última decisión que tomar en esta clase de delitos, respecto a los delitos de abogados. O bien se re-formalizan y se incluyen como tipos que afectan al proceso a partir de acciones de actores calificados en éste, o bien se des-formalizan, y se reconducen a otra sección. Ambas decisiones son posibles. Para efectos de proponer un proyecto alternativo más comprensivo, aquí se expondrá una propuesta de tipos de abogados re-formalizados, en que el proceso, como presupuesto de la Administración de Justicia, justifica la imposición de la pena.

3. Sistematización

La sistematización general de clases de delitos contra la Administración de Justicia debe seguir las distinciones recién hechas, y a partir de ellos construir categorías más específicas determinadas por la identidad de las distintas conductas etiquetadas que pueden enmarcarse en cada una de las tres clases descritas.

La primera sección a incluirse, al igual que lo hizo el Anteproyecto, es la sección de delitos de jueces y delitos análogos a los delitos de jueces. Esto es una decisión evidente. Se trata no sólo de la clase de delitos paradigmáticos contra la Administración de Justicia, sino que además de la clase de delitos que afecta con

mayor lesividad a este bien jurídico. Por ello tanto el Código Penal, como el Anteproyecto, y como el Código Penal Español, incluyen como primera figura central a la prevaricación.

El orden de las secciones, en la segunda clase de delitos contra la Administración de Justicia, no es particularmente relevante a grandes rasgos. Hay dos opciones posibles. O bien tipificarlas en términos decrecientes de disvalor, partiendo por las conductas más lesivas hacia las menos lesivas, o bien desde formas de pura afección a la persecución penal avanzando hacia formas de afección a la persecución penal que se producen en el proceso. Para conectar mejor con la tercera clase de delitos contra la Administración, la segunda opción parece más razonable. Por ello, es conveniente empezar con una sección de encubrimiento y de persecución de inocentes / no persecución de culpables. Pese a que la estructura de las tres acciones es completamente distinta, se caracterizan por ser afecciones en que no media el contexto específico del proceso. En segundo lugar debe incluirse una sección de delitos de obstrucción a la justicia, con todas las formas relevantes en que se afecta la persecución penal en el proceso. Y finalmente una sección de imputación falsa / denuncia o querrela calumniosa, cuyo peso tradicional es suficientemente considerable para ser incluido en una sección separada. Al modo del Código Penal Español y del Anteproyecto, resulta conveniente incluir en esta misma sección la simulación de delitos, que presenta efectivamente una estructura similar a éste, aunque su peso tradicional es mucho menor. Ese trabajo, por su especificidad, no se hará en este estudio.

Finalmente las secciones de la tercera clase debieran ordenarse como falso testimonio y presentación de pruebas falsas, y, si se decide incluirla aquí, una sección de delitos del abogado en el proceso, al igual que en el Anteproyecto.

Como puede verse, el modelo de sistematización no tiene variaciones drásticas respecto del modelo del Anteproyecto en lo que dice relación con su orden, y alguien podría intentar reconocer en él una propuesta ecléctica formada a partir de una comparación del Código Penal Español con el Anteproyecto. Pero, pese que hay

elementos tomados de ambos lados, la clasificación se hizo en atención a criterios abstractos. Esta propuesta de sistematización sí tiene variaciones drásticas, en cambio, en el criterio que caracteriza a cada una de las conductas etiquetadas, y, en consecuencia, respecto de la sistematización interna de cada sección en relación con el Anteproyecto.

C. Tipificación particular

Esta parte concluye el cuerpo del trabajo. Se trata de justificar una forma determinada de tipificación abstracta, y a partir del diseño abstracto, realizar el trabajo específico de proponer una concreción de éste en una redacción particular.

En todos los casos se incluirá una primera parte introductoria que, básicamente, recordará los aspectos centrales a tener en cuenta en cada caso, y una segunda parte con el texto mismo de cada sección. No es posible incluir en la justificación cada uno de los argumentos que explica cada una de las decisiones tomadas, ya que eso implicaría prácticamente reproducir todo el trabajo. Las secciones introductorias ya son suficientemente repetitivas, por lo que repetir todo las haría excesivamente repetitivas.

1. Delitos funcionarios

a. Introducción

Ya se ha dicho reiteradamente que una sección de delitos de jueces tiene que lidiar con el problema inherente a nuestras construcciones de esta categoría, de decidirse por salvar problemas sistemáticos y ser menos preciso, o ser más preciso y crear más problemas sistemáticos. La decisión del Anteproyecto, de privilegiar lo primero, es una buena decisión, pero al llevarla a cabo el trabajo no puede ser ni impreciso, ni demasiado vago.

Una sección desconcentrada de delitos de jueces debiera incluir como delito central una forma de prevaricación propiamente tal, en la que, como se vio, no es demasiado relevante la fórmula que se use.³⁵³ La indeterminación del derecho, los problemas que crea un delito que parece suponer que no existe interpretación del derecho, y que además es directamente contradictorio con la idea central del derecho de otorgar definitividad a las decisiones de los jueces, sólo puede ser descrita de forma vaga.

La sección debe incluir, igualmente, diferenciaciones en la penalidad de la prevaricación producto de la posible lesividad auxiliar que puede producir la decisión del juez. Si bien la afección al derecho es, por definición, abstracta y por lo tanto no graduable, la afección puede lesionar bienes jurídicos individuales. Eso merece ser tenido en cuenta, tanto para salvar problemas de imputación que podrían generarse con algunos delitos contra la libertad, como para solucionar los problemas concursales que pueda generar una doble tipificación. Graduar la penalidad de esta forma es una necesidad, si se sigue la idea de desconcentración ya revisada.

Finalmente, respecto de los jueces, existe una conducta con ciertas similitudes sustantivas con la prevaricación, y que no tiene un equivalente preciso en los delitos contra la Administración Pública: la negación de justicia, y el posible retardo en ésta.

Una opción adicional es, además, incluir un tipo de prevaricación administrativa por similitudes no formales con la resolución judicial. Pese a que la propuesta al respecto de la Comisión no es aceptable, la idea en sí es sensata.

b. Propuesta

§ 1 Prevaricación

³⁵³ Ver Supra. página 209 y siguientes.

Artículo 1: El juez, árbitro, o integrante de un tribunal colegiado que, a sabiendas³⁵⁴, dicte sentencia³⁵⁵ injusta, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con la de reclusión menor en su grado medio.³⁵⁶

Si se tratara de una sentencia injusta contra el imputado en causa criminal, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con la de reclusión menor en su grado máximo.

Artículo 2: El juez, árbitro, o integrante de un tribunal colegiado que, a sabiendas, omita dictar sentencia estando legalmente obligado a ello, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado medio, y con la de reclusión menor en su grado mínimo.

Artículo 3: El funcionario público no perteneciente al poder judicial que, resolviendo con efecto definitivo un conflicto sometido legalmente a su conocimiento, dicte a sabiendas una resolución manifiestamente injusta, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta en su grado máximo para ejercer cargos y oficios públicos, y con la de reclusión menor en su grado mínimo.

2. Afecciones simples a la persecución penal: afecciones funcionarias, encubrimiento y otras conductas

a. Introducción

³⁵⁴ La expresión a sabiendas manifiesta de mejor forma los requisitos de imputación subjetiva de la prevaricación, así como su tratamiento específico en materia de error. Al respecto ver Supra. página 95 y siguientes.

³⁵⁵ La utilización de la palabra sentencia tiene por objeto resaltar el carácter decisorio necesario que tiene que tener la resolución mediante la cual se cometa la prevaricación, como se señaló en Supra. páginas 91 y 92, así como lo señala, por ejemplo, **Yesid Reyes**, Op.Cit. N° 91, página 82.

³⁵⁶ La graduación de la pena ha seguido el modelo del Anteproyecto, sin hacer variaciones relevantes. Ello no debe interpretarse como una concesión del punto, sólo neutralidad hacia éste. Pese a que es un modelo criticable, producir una crítica y otro modelo aquí es imposible dentro de los límites de este trabajo.

Las formas de afección simple a la persecución penal pueden dividirse entre afecciones en que median deberes especiales, en particular afecciones ligadas a fiscales del Ministerio Público y otros organismo encargados de la persecución penal, y afecciones provenientes de deberes generales.

Las formas de infracción a deberes especiales se vinculan a lo que se conoce en el derecho comparado como no persecución de culpables y persecución de inocentes, que no son más que formas específicas de lo que el Anteproyecto denomina prevaricación de los fiscales del Ministerio Público. No se trata de una forma de prevaricación, puesto que no se produce necesariamente en el proceso ni tiene lugar mediante la emisión de un acto que institucionalmente resuelve conflictos, pero afecta en abstracto a la persecución penal. Ello implica que sistemáticamente pueden considerarse delitos contra la Administración Pública, por considerar primariamente la posición frente al cargo, o delitos contra la Administración de Justicia, si se le pretende entregar más importancia a la función afectada.

El encubrimiento no es más que la manifestación de las exigencias mínimas de solidaridad con la Administración de Justicia a través de la persecución penal. La inclusión de figuras relativas a deberes de solidaridad general tiene, sin embargo, dos problemas. Un primer problema es sustantivo. Los deberes de solidaridad pueden resultar insuficientes para justificar una protección penal, por lo que su tipificación tiene que ser precisa. El segundo problema es relativo a la historia del encubrimiento. En España, la discusión más seria que provoca el encubrimiento es relativa al trauma de la eliminación de éste como figura de la parte general. Parte importante de la doctrina española considera que constituye una clase especial de tipo, un delito de referencia.³⁵⁷ Un delito de referencia manifestaría la dependencia de un delito autónomo frente a otro delito principal, aplicando las mismas reglas de la participación y de la forma de accesoriedad respecto de acciones sin un contenido de injusto autónomo. Es decir, para esta parte de la doctrina, no habría más que un cambio de ubicación, pero el encubrimiento seguiría siendo una figura de autoría y participación de la Parte General. Por cierto, el legislador no puede evitar estos problemas. Es cierto

³⁵⁷ Cfr. **Muñoz Conde**, Op.Cit. N° 97, página 960.

que cualquiera sea la forma de tipificación que se elija en Chile, se va a provocar exactamente el mismo trauma. Pero, si se quiere ser consistente con la eliminación del encubrimiento como figura de la Parte General, es importante no incluir elementos que conduzcan precisamente a reforzar este trauma.

b. Propuesta

§ 2 De la persecución de inocentes y de la omisión del deber de persecución:

Artículo 4: El funcionario público, cuyo cargo se encuentre ligado institucionalmente a la persecución penal, que a sabiendas persiga u ordene la persecución de una persona inocente, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con reclusión menor en su grado máximo.

Estará justificado quien actúe bajo obediencia debida, siempre que la orden no sea manifiestamente injusta.

Artículo 5: El funcionario público, cuyo cargo se encuentre ligado a la persecución penal, que a sabiendas falte a su deber de perseguir la responsabilidad por la comisión de un delito, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado medio, y con reclusión menor en su grado medio a máximo.

§ 3 Del encubrimiento

Artículo 6: El que sin haber tenido participación en la comisión de un hecho antijurídico, tras su consumación impida total o parcialmente la persecución de los autores o partícipes de éste, o entorpezca activamente de modo relevante la investigación, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio.

Estarán exculpados el cónyuge, el conviviente, y los parientes del responsable por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive.

Artículo 7: El que sin haber tenido participación en la comisión de un hecho antijurídico, tras su consumación ayude a los autores o partícipes de éste a que se aseguren las ventajas del hecho antijurídico, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

Tratándose de fiscales del Ministerio Público y otros funcionarios públicos cuyo cargo esté ligado a la persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con presidio menor en su grado medio.

Estarán exculpados el cónyuge, el conviviente, y los parientes del responsable por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive.

3. Obstrucción a la justicia

La obstrucción a la justicia, en la forma que culturalmente se ha asimilado en Chile a través de la legislación,³⁵⁸ se caracteriza por ser una forma de afección a la persecución penal que se manifiesta, de alguna forma, en el proceso mismo. Debiera incluir, por lo tanto, figuras que van desde la violencia que se ejerce contra testigos, hasta la presentación de antecedentes falsos.³⁵⁹ De la misma forma, si se logra identificar correctamente el núcleo de injusto característico de la obstrucción a la justicia, no hay problemas concursales generales que puedan producirse con el encubrimiento. Este es, probablemente, el más importante problema de relaciones internas que tenía toda la propuesta del Anteproyecto.

³⁵⁸ Desde ya, no distinguir encubrimiento de obstrucción a la justicia, y mantener todo en conjunto, es una decisión legislativa alternativa posible. Lo anterior, por cuanto la solución más simple a sus problemas concursales es regular todo de un modo único. Aquí no se ha hecho esto con el objeto de respetar, mínimamente, la decisión legislativa de otorgarle un status mínimo, pero distinguible, a la obstrucción a la justicia. Algo similar se hizo en España.

³⁵⁹ La presentación de pruebas falsas no es más que una forma especial de obstrucción a la justicia cuando se da en un proceso penal. Pero obviamente no puede tipificarse en ambos contextos, por lo que su tratamiento fuera de la sección de obstrucción a la justicia, con una penalidad especial equivalente a la de la obstrucción a la justicia, es suficiente.

Una tipificación correcta de la obstrucción a la justicia supone, por lo tanto, hacer un trabajo de identificación específico de las conductas que se producen en el proceso que son particularmente obstructivas para la persecución penal, como pretensión del Estado de obtener una sentencia condenatoria, o un equivalente, ante una verdadera afección de normas.

b. Propuesta

§ 4 De la obstrucción a la justicia:

Artículo 8: El que a sabiendas destruya, inutilice, u oculte medios de prueba que pudieren favorecer al imputado en un proceso penal o que obren en poder del Ministerio Público o de la defensa del imputado, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio.

Tratándose de funcionarios ligados a la actividad jurisdiccional, y de fiscales del Ministerio Público y otros funcionarios públicos cuyo cargo esté ligado a la persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si la conducta descrita en el inciso primero fuere realizada por un abogado, será castigado además con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer profesiones titulares en su grado máximo.

Artículo 9: El que, mediante violencia o intimidación, constriña a un testigo, perito, intérprete, u a otro partícipe de un proceso penal a realizar u omitir actuaciones, o a determinar la forma de la actuación, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

Tratándose de funcionarios ligados a la actividad jurisdiccional, y de fiscales del Ministerio Público y otros funcionarios públicos cuyo cargo esté ligado a la persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con presidio menor en su grado máximo.

Si la conducta descrita en el inciso primero fuere realizada por un abogado, será castigado además con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer profesiones titulares en su grado máximo.

Artículo 10: El que mediante recompensa o promesa determine a un testigo, perito, intérprete u otro partícipe de un proceso penal a realizar u omitir actuaciones, o determine la forma de la actuación, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

Tratándose de funcionarios ligados a la actividad jurisdiccional, y de fiscales del Ministerio Público y otros funcionarios públicos cuyo cargo esté ligado a la persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con presidio menor en su grado medio.

Si la conducta descrita en el inciso primero fuere realizada por un abogado, será castigado además con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer profesiones titulares en su grado máximo.

Artículo 11: El que, citado legalmente, no comparezca intencionalmente a una audiencia ante un Tribunal en un proceso penal en que el imputado se encuentre sujeto a prisión preventiva, provocando su incomparecencia la suspensión de dicha audiencia, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio.

Tratándose de funcionarios ligados a la actividad jurisdiccional, y de fiscales del Ministerio Público y otros funcionarios públicos cuyo cargo esté ligado a la persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado medio, y con reclusión menor en su grado medio a máximo.

Si la conducta descrita en el inciso primero fuere realizada por un abogado, será castigado además con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer profesiones titulares en su grado medio.

4. Falso testimonio y presentación de pruebas falsas³⁶⁰

a. Introducción

El falso testimonio y la presentación de pruebas falsas, junto con las antiguas formas de prevaricación de abogados, son las formas paradigmáticas de deberes de solidaridad con el proceso no vinculados a un cargo público.³⁶¹ Sin mediar la persecución penal, salvo eventualmente como argumento para incrementar la penalidad, el deber general de solidaridad con el proceso se tiene que manifestar de modo particularmente preciso para ser exigible penalmente. Por ello, se trata básicamente sólo de actuaciones cuyo disvalor se manifiesta en tender a (i) disminuir el valor del proceso como contexto específico de producción del derecho y (ii) tender a una estabilización de expectativas menos fuerte, como consecuencia de lo anterior, y en el caso específico a una estabilización de expectativas sin base cognitiva. Ello explica su vínculo directo con la prueba.

El trabajo de producción de una sección que cumpla con esos requisitos esenciales no es particularmente complejo, porque se encuentra bien hecho en el Anteproyecto. Sólo basta solucionar algunos problemas menores del Anteproyecto en ambos tipos, y algunos problemas sistemáticos en la sección como todo. Además, incluye una regla de castigo particular a la inducción al falso testimonio, lo que resulta relevante conforme ya ha sido señalado.³⁶²

b. Propuesta

³⁶⁰ Ya se dijo que, en la sistematización propuesta, una sección de acusación / denuncia / imputación calumniosa debiera ubicarse antes de la sección de falso testimonio, si se entregan argumentos plausibles para sostener que es un delito contra intereses colectiva. Como en este trabajo se ha omitido el tema de la denuncia calumniosa, simplemente se ha seguido la numeración de secciones y artículos.

³⁶¹ El caso de la prevaricación del abogado, por cierto, no se refiere a deberes plenamente generales, pero no se encuentra determinado por las normas relativas a funcionarios públicos de la misma forma que todos los otros cargos que tienen deberes específicos en el proceso, en particular respecto de los jueces. De hecho su status “especial” es mucho más parecido al de los peritos e intérpretes que al de los jueces y otros funcionarios que se relacionan con la aplicación profesional del derecho.

³⁶² Ver Supra., página 232.

§ 5 Del falso testimonio y la presentación de pruebas falsas

Artículo 12: El testigo, perito o intérprete que en un proceso judicial falte a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo, si la declaración se produce en proceso penal contra el imputado o acusado, y con la pena de reclusión menor en su grado medio si se trata de otro proceso judicial contencioso.

Tratándose de peritos o intérpretes, sufrirán además la pena de inhabilitación especial de su condición de perito o intérprete en juicio en su grado máximo.

Artículo 13: Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior se castigará a quien presente como prueba documentos, objetos u otros medios de prueba falsos o adulterados, así como a quien induzca a un testigo a presentar falso testimonio.

Los abogados que incurran en dicha conducta serán castigados además con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer profesiones titulares en su grado medio.

Artículo 14: El que cometa una de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, en un procedimiento no judicial cuyo objeto sea resolver conflictos de competencia de órganos administrativos con efecto definitivo, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

Artículo 15: La retractación oportuna de quien haya incurrido en las conductas previstas en los tres artículos anteriores eximirá de responsabilidad penal.

Retractación oportuna es aquella que tiene en lugar ante el mismo tribunal u órgano administrativo en que se incurrió en el falso testimonio o en la presentación de pruebas

falsas, en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada al resolver la causa por éste.³⁶³

5. Deslealtad profesional del abogado en el proceso

a. Introducción

La deslealtad profesional del abogado sólo puede constituir un delito contra la Administración de Justicia cuando afecta el proceso. La posición calificada del abogado justifica sólo una ampliación del ámbito de punibilidad frente al falso testimonio y a la presentación de pruebas falsas, pero no justifica un cambio absoluto de objeto de protección. Por ello es un requisito esencial el que en todas las figuras exista siempre, al menos, un proceso en curso. Si se elimina el proceso, aun cuando se mantenga la calificación inverosímil del abogado como auxiliar de la administración de justicia, no se justifica el tipo como delito contra la Administración de Justicia.

Por ello al legislar sobre el particular hay que elegir entre mantener una sección similar a la sección del Código Penal vigente, restrictiva, o “modernizar”, y en ese caso desplazar a los delitos de abogados de entre los delitos contra la Administración de Justicia hacia una categoría especial. Es un error conceptual importante querer modernizar y mantenerlos como delitos contra la Administración de Justicia.

Pese a que parece más razonable evaluar autónomamente los delitos de deslealtad profesional, aquí se propondrá una sección que cumpla con los requisitos para mantenerse dentro de los límites de los delitos contra la Administración de Justicia.

b. Propuesta

³⁶³ La limitación al mismo tribunal ante el que se cometió el injusto se explica porque se trata de un delito contra un bien jurídico colectivo, no contra un bien jurídico individual. La producción de una sentencia incorrecta es el mal que se pretende evitar, y no sólo que no se afecten los derechos de la otra.

§ 6 Deslealtad profesional del abogado:

Artículo 16: El abogado que, sin el consentimiento de su patrocinado o mandante judicial, represente en el mismo proceso a su contraparte, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, e inhabilitación absoluta para ejercer cargos profesionales en su grado medio.

Artículo 17: Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será castigado el abogado que perjudique intencionalmente los intereses de su patrocinado o mandante judicial en el proceso.

CONCLUSIÓN

1. La determinación de lo que constituye una construcción plausible del bien jurídico Administración de Justicia ha permitido llevar a cabo una re-construcción abstracta del conjunto de deberes de mayor relevancia para crear este bien, que requieren de una protección fuerte otorgada por vía de reforzamiento penal.

En efecto, de lo que se trata en los delitos contra la Administración de Justicia es de la contribución a una condición de posibilidad general de la libertad de acción en sociedades modernas. La condición de posibilidad que se cautela, es la posibilidad de estabilizar expectativas normativas, de manera de permitir una coordinación eficiente de la acción y, por ello, una coordinación de libertades de acuerdo a leyes generales. Esta condición de posibilidad requiere de una prestación específica, activa, que ejerce un cuerpo colegiado y profesional, dedicado casi exclusivamente a solucionar conflictos de acción a partir de los códigos justo e injusto en el contexto de la legalidad procedimental. En la construcción de este bien, existen varios deberes impuestos.

El primer deber le corresponde a quienes derechamente producen el bien, y no sólo contribuyen a su producción, y respecto de los cuales el sentido de sus acciones es derechamente resolver conflictos bajo esos códigos. Pese a que el sentido directo de su acción no sea estabilizar expectativas, sino simplemente resolver los conflictos correctamente a partir de normas generalmente determinables procedimentalmente, desde el punto de vista de la sociedad la prestación que la Administración de Justicia le otorga es la estabilización de expectativas normativas. Paradójicamente, el otorgamiento de la prestación se logra precisamente mediante la obligación de asumir el punto de vista interno por parte de los funcionarios encargados de esa estabilización, quienes deben ignorar la función que cumplen. La obligación de los jueces, en ese sentido, no es estabilizar expectativas, sino resolver correctamente conflictos. Y la infracción de ese deber, en condiciones adscriptivas particulares, es la que merece la aplicación de una pena.

La segunda clase de deberes relativos a la producción del bien jurídico Administración de Justicia, se relaciona con la afección de las expectativas normativas a las que la sociedad, por una u otra razón, le otorga mayor valor y a las cuales les asigna un valor tal que su vulneración se protege penalmente. En estos casos, la sociedad le impone obligaciones no sólo a funcionarios ligados directamente a la producción del bien, sino también a particulares. Los particulares tienen una obligación general de no perturbar la investigación y persecución penal, que es el proceso previo a la re-estabilización de las expectativas más importantes afectadas por la acción de uno de sus miembros, mediante una aplicación de una pena a éste. Por ello, en el contexto de la persecución penal, algunas conductas son consideradas como obstáculos a la producción de la Administración de Justicia. Y esos obstáculos se identifican como necesitados de una contra-prestación con un sentido suficientemente fuerte para disiparlos.

Finalmente, la última clase de deberes se relaciona con el proceso. No sólo desde el punto de vista del juez –que debe resolver los conflictos correctamente y por ello los hechos a partir de los cuales reconstruye el conflicto deben ser verosímiles- es relevante la reconstrucción de hechos ya acaecidos, cuya observación directa es imposible. Desde el punto de vista de la sociedad, se asume que la forma mediante la cual la estabilización de expectativas tiene una eficacia mayor es cuando se hace con una base cognitiva cierta. Por ello, la sociedad se provee de una instancia que permite reconstruir hechos pasados verosímelmente. Esa instancia de verosimilitud que otorga base cognitiva a la estabilización de expectativas normativas, es el proceso. La afección al proceso tendiente a afectar directamente la verosimilitud del proceso infringe un deber general de abstención, que necesita de una prestación fuerte para ser contrarrestada. Ello justifica la imposición de la pena como delito contra la Administración de Justicia.

2. Las tres clases de deberes anteriores permiten identificar razones fuertes para punir conductas determinadas. Estas clases de deberes, además, pasan un test de verosimilitud, en cuanto se adecuan a la gran mayoría de las clases de delitos tradicionales que se tratan como delitos contra la Administración de Justicia. Ese trabajo de identificación de esas clases de deberes, reconducibles a un bien normativo

general, constituye parte importante del trabajo presentado. En el resto, no se trató más que de exponer críticas relacionadas con este trabajo mayor, o relacionadas con cuestiones meramente gramaticales o semánticas.

Con la producción del trabajo reconstructivo en abstracto y con la producción de la crítica al Anteproyecto, el desarrollo del trabajo de artesanía de producción de una propuesta de codificación de delitos contra la Administración de Justicia, no resulta ser más que su realización. Así, en la construcción de la propuesta presentada, simplemente se etiquetaron las clases tradicionales de delitos que afectan cada una de las clases de deberes relacionadas con la Administración de Justicia. Con ello, se pretendió trabajar equilibrando las cuestiones conceptuales con las construcciones tradicionales.

3. Puede parecer exagerado el que se haya llevado a cabo una crítica con una extensión física y, en algunos aspectos, bibliográfica, tan importante respecto de una clase de tipos cuya relevancia práctica es menor. A la vez, esta crítica puede parecer fútil, en condiciones que las diferencias entre lo que se critica y lo que se propone no son drásticamente distintas a primera vista. Un ejercicio ocular de comparación de primera vista entre la categoría de delitos contra la Administración de Justicia propuesta y la categoría criticada, demostraría un nivel elevado de similitud. Si se compara por secciones, habría una casi total igualdad entre las secciones propuestas y las secciones criticadas, con la excepción de una sección 2 que, por lo demás, ya se encuentra presente, con ciertas diferencias, en el Código Penal Español y en el Código Penal Alemán. Pero ambas críticas serían absolutamente erradas, pese a parecer sensatas.

En lo que se refiere a la exageración de importancia, los delitos contra la Administración de Justicia protegen un bien relevante. No es necesario adoptar un punto de vista fuertemente funcionalista ni fuertemente normativista para demostrarlo, aunque es la forma en que mejor se refleja su importancia. Su relevancia es tan importante que se han mantenido como categoría sin ser objeto de críticas consistentes a través de todas las tradiciones ligadas al derecho penal a lo largo del

tiempo, así como en todas las tradiciones culturales de construcción del derecho penal. Por cierto, podría decirse que es precisamente la mezcla entre falta de relevancia práctica, que aleja a la categoría del derecho penal nuclear, y falta de conflictividad, que la aleja de la expansión, la que la hace ser una categoría menor. En el derecho penal nuclear el interés de una categoría se refleja en el conocimiento que se tiene de los tipos, así como en su percepción general de relevancia. En el derecho penal de la expansión, la importancia de la categoría se juega precisamente en su novedad y en la ruptura que puede suponer con el derecho penal clásico. No es el caso de los delitos insertos en un status intermedio –relativamente irrelevantes como delitos clásicos y sin ninguna novedad como delitos expansivos-, como es el caso de los delitos contra la Administración de Justicia

Sin embargo, pese a que no se trata de una categoría tan relevante como, por ejemplo, los delitos contra la vista, creer que son tipos sin relevancia es un prejuicio falso. El encubrimiento y la obstrucción a la justicia, por ejemplo, son tipos cuya aplicación no es extraña, sino frecuente. Y precisamente se trata de las dos categorías que más problemas tienen el Anteproyecto. La prevaricación, a su vez, pese a no ser un tipo de aplicación frecuente, tiene un status clave en varios aspectos centrales del Derecho como todo. La prevaricación ayuda a definir la función del juez. La prevaricación afecta nuestra comprensión de la definitividad de las resoluciones judiciales, así como la exigencia de exclusividad de la competencia. Y cuando se la liga a la acción de revisión, su relevancia puede pasar a ser institucionalmente central.

La crítica de futilidad, a su vez, tiene una explicación que sólo es aparentemente comprensible. Es cierto que la diferencia entre las secciones del Anteproyecto y las secciones de la propuesta contenida en este trabajo no es demasiado importante si se la aprecia como esquema. Esto se produce, sobre todo, porque la elección de modelos del Anteproyecto fue correcta y la identificación del etiquetaje de clases de delitos contra la Administración de Justicia no es particularmente compleja, por lo que la necesidad de crítica no podía relacionarse con la nominación de las clases de delitos. Pero las diferencias al interior de cada clase de delitos, entre la propuesta de este trabajo y la crítica, son particularmente relevantes desde todo punto de vista. Un

análisis atento demuestra diferencias esenciales tanto de sistematización (y justificación sustantiva) como de redacción legislativa, todos los cuales se producen respecto de errores que en muchos casos son graves.

4. La crítica, a su vez, es un instrumento fuerte de reconstrucción del método de trabajo de la Comisión Foro Penal. En la construcción de la categoría de delitos contra la Administración de Justicia, el trabajo de la Comisión no parece haber pretendido producir criterios de identificación de lo castigable a partir de una reconstrucción racional del bien jurídico, por cuanto los problemas que se producen a nivel de la norma de comportamiento son importantes y muy recurrentes. En cambio, en lo que dice relación con los problemas concursales creados con otras categorías, por ejemplo, la propuesta de la Comisión es mucho más sólida. Su mejor decisión se tomó sin dudas en lo relativo al tratamiento de las relaciones entre delitos contra la Administración Pública y delitos contra la Administración de Justicia respecto de los jueces. En ese sentido, la Comisión se preocupó sobre todo de trabajar en evitar que sus intuiciones respecto de lo castigable no fueran conflictivas en el sistema penal como todo, intentando trabajar sobre la idea de un Código como sistema no conflictivo internamente –lo que no se consiguió completamente-, pero no racionalizó sus propias intuiciones respecto de lo castigable. Tratándose de un proyecto legislativo penal, esa labor es central no sólo por la necesidad de legitimación sustantiva individual del castigo, sino también porque la identificación de las justificaciones de los deberes y castigos es una condición necesaria de la creación de un todo penal no conflictivo. Si se quiere, el trabajo sistemático es un trabajo antes de teoría de la pena, como teoría de la justificación de la afeción de la libertad general de acción, que de teoría del delito, como sistema racional de asignación de castigos.

Al identificar los problemas metodológicos en cuestión, no se trata de producir una crítica directa de todo el trabajo de la Comisión, ya que probablemente su método haya sido distinto en las partes del Anteproyecto a las que le dieron mayor importancia, las que no se han revisado en este trabajo. Pero revela que, al menos al trabajar sobre cuestiones sin relevancia “práctica” central, trabajaron antes sobre intuiciones de lo castigable, re-determinadas por la influencia de sus modelos, que

sobre una construcción racional ordenada de lo castigable. Precisamente identificar puntos en que hay meras expresiones de intuición del castigo, en un área tan relevante como el derecho penal, ya es una razón suficiente para que el trabajo tenga una función muy relevante.

BIBLIOGRAFÍA

1. **Alcácer Guirao, Rafael**, Sobre el concepto de delito. ¿Lesión del Bien Jurídico o Lesión de Deber?, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.
2. **Asua Batarrita, Adela**, La Tutela Penal del Correcto Funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria, en Delitos contra la Administración Pública, edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
3. **Atienza, Manuel**, Contribución a una Teoría de la Legislación, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
4. **Atria, Fernando**, Jurisdicción y Estado de Derecho.
5. **Bascuñán Rodríguez, Antonio**, Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005, en Estudios Públicos, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales Nº 110, Centro de Estudios Públicos, 2008.
6. **Bascuñán Rodríguez, Antonio**, Derechos Fundamentales y Derecho Penal, en Los Derechos Fundamentales. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) 2001. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2002.
7. **Bascuñán Rodríguez, Antonio**, Problemas básicos de los delitos sexuales, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile (número especial), Agosto 1997.
8. **Bascuñán Rodríguez, Antonio**, La regulación española de la coerción en el marco de la codificación europea, en ADPCP, Madrid, 1994.

9. **Beccaria, Cesar**, De los Delitos y de las Penas, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
10. **Bustos Ramírez, Juan**, *Obras Completas*, ARA Editores, Lima, 2004.
11. **Cancio Meliá, Manuel**, Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.
12. **Carrara, Francesco**, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Editorial Temis, Bogotá, 1958.
13. **Damaska, Mirjan**, Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
14. **Donna, Edgardo Alberto**, Derecho Penal: Parte Especial, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
15. **Dworkin, Ronald**, Law's Empire, Belknap Harvard 1986.
16. **Etcheberry, Alfredo**, Derecho Penal, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998
17. **Fernández, José Ángel**, El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad, Polít.crim nº1, A5, 2006. [www.politicacriminal.cl]
18. **Ferrajoli, Luigi**, Derecho y Razón: teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 2001.
19. **García de Enterría, Eduardo**, La Democracia y el lugar de la Ley, Civitas, Madrid.

20. **Garrido Montt, Mario**, Derecho Penal Parte Especial Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000.
21. **Günther, Klaus**, De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Frabra, La insostenible situación del derecho penal, Editorial Comares, Granada, 2000.
22. **Habermas, Jürgen**, Facticidad y Validez, Editorial Trotta, cuarta edición, Madrid 2005.
23. **Habermas, Jürgen**, Aspectos de la Racionalidad de la Acción, en del mismo Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos, Colección Teorema.
24. **Hart, H.L.A.**, El Concepto del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires
25. **Hassemer, Winfried**, Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en el derecho penal, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.
26. **Hefendehl, Roland**, ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04-14 (2002), <http://criminet.ugr.es/recpc>.
27. **Hegel, G.W.F.**, Principios de la Filosofía del Derecho, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004.
28. **Huerta Tocildo, Susana**, El Derecho Fundamental a la Legalidad Penal.
29. **Jakobs, Günther**, ¿Qué protege el Derecho Penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

30. **Jakobs, Günther**, Sociedad, Norma y Persona en una Teoría Funcional del Derecho Penal, en del mismo Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, Palestra Editores.
31. **Jakobs, Günther**, Sobre la teoría de la pena, Universidad Externado de Colombia; Bogotá; 1998.
32. **Jakobs, Günther**, Consumación material en los delitos de lesión contra la persona, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04-13 (2002), <http://www.criminet.ugr.es/recpc>.
33. **Jakobs, Günther**, La Pena Estatal: Significado y Finalidad, en del mismo El Fundamento del Sistema Jurídico Penal, ARA Editores, Lima, 2005.
34. **Jakobs, Günther**, La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal; en, del mismo, "Sobre la normativización de la dogmática penal", Thomson Civitas.
35. **Jakobs, Günther**, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Mayo de 1998
36. **Kahlo, Michael**, Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en el derecho penal, en Hefendehl y otros, La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007.
37. **Kant, Immanuel**, La Metafísica de las Costumbres, Tecnos, Madrid 2002.
38. **Kelsen, Hans**, Teoría Pura del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 197

39. **Kindhäuser, Urs**, Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la Economía y la Sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán. Polit. Crim. N°3, 2007, A1. [www.politicacriminal.cl]
40. **Lagodny, Otto**, El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional, en Hefendehl y otros, La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007.
41. **Luhmann, Niklas**, Sistemas Sociales, Lineamientos para una Teoría General, Anthropos Editorial; México, 1998.
42. **Mañalich, Juan Pablo**, La pena como retribución, en Revista de Estudios Públicos, 108 (primavera 2007).
43. Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, en Polít. Crim. N°1, D3, p. 241. [www.politicacriminal.cl].
44. **Maturana Miquel, Cristián**, Derecho Procesal Orgánico, Introducción. La Jurisdicción. La Competencia. Separata código 05005 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Marzo 2003.
45. **Maturana Miquel, Cristián**, Los Órganos Jurisdiccionales, los Árbitros. Los Auxiliares de la Administración de Justicia y los abogados. Separata código 05008 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Marzo 2003.
46. **Matus, Jean Pierre, Politoff, Sergio y Ramírez, María Cecilia**, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
47. **Matus, Jean Pierre**, Fundamentos de la propuesta de la Comisión Foro Penal para la protección penal del medio ambiente, en Estudios Públicos, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales N° 110, Centro de Estudios Públicos, 2008

48. **Montesquieu**, De l'Esprit des Lois, collection folio essais, Gallimard, 1995.
49. **Muñoz Conde, Francisco**, Derecho Penal Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
50. **Müssig, Bernd**, Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
51. **Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González, Carlos, y Cancio Meliá, Manuel**, Estudios de Derecho Penal, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
52. **Rawls, John**, Dos Conceptos de Reglas, en Teorías sobre la Ética, edición a cargo de Philippa Foot, Fondo de Cultura Económica, México.
53. **Reyes Alvarado, Yesid**, Bien jurídico, prevaricato y abuso de autoridad, en Revista "Derecho Penal Contemporáneo", editorial Legis, Bogotá.
54. **Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena**, Los Delitos contra la Función Pública, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
55. **Roxin, Claus**, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos y Estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas, 1997.
56. **Roxin, Claus**, ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales, en del mismo Problemas actuales de dogmática penal, ARA Editores, Lima, 2004.
57. **Roxin, Claus**, Problemas básicos del derecho penal, Madrid, Reus, 1976.

58. **Schünemann, Bernd**, El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación, en Hefendehl y otros, La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007.
59. **Silva Sánchez, Jesús María**, La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales; Civitas, Madrid, 2001.
60. **Silva Sánchez, Jesús María**, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, José María Bosch, Barcelona, 1992. Cap. II. El Derecho Penal contemporáneo.
61. **Villegas D., Myrna**, Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal, Polít.crim. nº2, A3, 2006
62. **Weber, Max**, Economía y Sociedad, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición.

ANEXO I. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL

TÍTULO XII DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

§ 1. De la prevaricación

Art. 274. El juez o miembro de un tribunal colegiado que ejerza torcidamente la administración de la justicia, dictando una resolución o sentencia manifiestamente injusta u omitiendo dictar la debida sufrirá la pena de inhabilitación absoluta en su grado máximo para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Las mismas penas se impondrán a los fiscales judiciales y a quienes, sin tener nombramiento de juez o miembro de un tribunal colegiado, incurran en dicha conducta cuando desempeñen ese cargo o funciones análogas por llamado de la ley, de un tribunal o por nombramiento de las partes.

Art. 275. Sufrirán las penas señaladas en el artículo precedente los fiscales del ministerio público que, faltando a su deber de objetividad, realice actuaciones manifiestamente injustas, omitan las debidas o hagan valer ante los tribunales antecedentes falsos o incompletos, torciendo con ello la recta aplicación de la justicia, a menos que el hecho merezca mayor pena.

Art. 276. El que, desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, realice un acto administrativo, participe en un acuerdo de un órgano administrativo colegiado o dicte providencia o resolución en procedimiento administrativo manifiestamente injustas, incurrirá en las penas de inhabilitación absoluta para el ejercicio de cargos o empleos públicos en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.

§ 2. Del encubrimiento, la receptación y el lavado de dinero

Art. 277. El que sin haber tenido participación como autor o cómplice en un delito, con posterioridad a su ejecución ayude de cualquier forma a cualquiera de los responsables del delito a que se aprovechen de lo obtenido con el delito o a eludir la acción de la justicia, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados. Con todo, la pena no podrá exceder a la que la ley le asigne al cómplice del delito encubierto.

Estarán exentos de pena el cónyuge, el conviviente y los parientes del responsable del delito por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, salvo que lo cometan para que el delincuente se aproveche de lo obtenido por el delito.

Art. 278. El que con ánimo de lucro reciba a cualquier título especies que provengan de un delito en que no ha tenido participación como autor o cómplice, o se aproveche de ellas, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales. Con todo, la pena no podrá exceder a la que la ley le asigna al autor del delito del cual procedan las especies.

Art. 279. Se impondrá la pena de reclusión menor en su grado medio a reclusión mayor en su grado mínimo y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales al que:

a) De cualquier forma oculte o disimule los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos los mismos que provengan, directa o indirectamente, de la perpetración en Chile o el extranjero de hechos constitutivo de un crimen o simple delito cuya pena mayor, según la legislación nacional, sea igual o superior a reclusión menor en su grado máximo;

b) De cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de dichos bienes; o

c) Con ánimo de lucro, adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, siempre que haya conocido su origen ilícito al momento de iniciar su uso, tenencia o posesión.

La misma multa señalada en el inciso precedente y la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo se impondrá al responsable o administrador de una actividad sujeta a las obligaciones señaladas en los artículos 3° a 6° de la Ley N° 19.913, que infrinja las disposiciones contenidas en el reglamento dictado por la autoridad competente para prevenir la comisión de estos delitos, siempre que no haya tenido participación en el delito del inciso anterior.

No se impondrá el mínimo de la pena privativa de libertad al que, con abuso de una profesión, cometa alguno de los hechos descritos en los incisos anteriores.

En todo caso, nunca podrá imponerse una pena superior a la mayor asignada por la ley para el autor del delito más grave del cual provienen los bienes objeto del delito tipificado en este artículo.

Pero si la cuantía de los bienes de que se trata es ínfima, se impondrán a los responsables únicamente las penas previstas en el artículo anterior.

Si el responsable de los hechos que originaron los bienes a que se refiere esta disposición incurre, además, en algunas de las figuras que aquí se sancionan, sólo se le impondrá la pena correspondiente a los delitos en que tales bienes se originaron, a no ser que por cualquier motivo no pueda imponerse la pena por esos delitos o su conducta comprenda bienes provenientes de delitos cometidos por terceras personas.

La circunstancias de tener los bienes su origen en hechos constitutivos de los delitos señalados en el inciso primero de este artículo podrá probarse en el mismo proceso que se substancie para juzgar los delitos aquí tipificados y no se requerirá sentencia condenatoria previa.

Si alguno de los delitos previstos en este artículo se comete por el responsable o administrador de una actividad sujeta a las obligaciones de los artículos 3° a 6° de la Ley N° 19.913, se aplicará lo dispuesto en el párrafo 9 del Título IX de este Código.

§ 3. De la obstrucción a la justicia

Art. 280. El que, requerido legalmente, se niegue a proporcionar (a los fiscales del Ministerio Público o) a los tribunales de justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan esclarecer los hechos punibles (investigados o) enjuiciados, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa dieciséis a veinte tributarias mensuales.

Con la misma pena será castigado el que, sin incurrir en el delito de encubrimiento, destruya, oculte o inutilice posibles medios de prueba a favor de imputado, o aporte antecedentes falsos al ministerio público o a sus órganos auxiliares.

Estarán exentos de responsabilidad penal por estos hechos el imputado, su cónyuge, conviviente y sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive; y en los casos establecidos en inciso primero de este artículo, quienes por ley tienen derecho a no declarar contra el imputado o un deber de guardar secreto.

Art. 281. Los fiscales del ministerio público que incurran en los delitos descritos en el artículo precedente y en el párrafo anterior sufrirán las penas que allí se contemplan, elevándose en un grado las privativas de libertad, y además, la de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en su grado máximo.

§ 4. De la imputación, denuncia y querrela calumniosa o falsa

Art. 282. El que ante el ministerio público, sus órganos auxiliares o los tribunales de justicia, impute a otro la comisión de un delito falso o de uno verdadero actualmente perseguible de oficio, pero del cual el imputado no es responsable, sufrirá las penas de

reclusión menor en su grado mínimo y multa dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales.

Se impondrá el máximo de las penas previstas en el inciso anterior cuando en virtud de la imputación falsa se prive de libertad a una persona imputada por el responsable.

Art. 283. El que dé inicio a un procedimiento penal mediante la denuncia o querrela de un hecho constitutivo de delito, pero falso, formulada ante el ministerio público, sus órganos auxiliares o los tribunales de justicia, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de cinco a quince unidades tributarias mensuales, a menos que corresponda imponerle mayor pena según lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 284. Si antes del requerimiento o la formalización de la investigación, o durante su declaración en el juicio oral o la rendición de una prueba anticipada, el responsable se retracta voluntariamente o entrega los antecedentes requeridos, quedará exento de toda pena por los delitos previstos en este párrafo y en el anterior. Si la retractación se produce con posterioridades, pero antes del término del procedimiento, las penas se reducirán en un grado y, en casos calificados, se eximirá de responsabilidad criminal, cuando su importancia para el esclarecimiento de los hechos y la gravedad de los potenciales efectos de su omisión, así lo justifiquen.

No podrá procederse por los delitos contemplados en este párrafo y en el anterior sino hasta el término del procedimiento en que hubieran tenido lugar.

§ 5. Del falso testimonio y del perjurio

Art. 285. El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal falte a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se trata de un proceso penal y con reclusión menor en su grado medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se trata de otro proceso judicial contencioso.

Tratándose de perito e intérpretes, sufrirán además la pena de inhabilitación especial de su condición de perito o intérprete en juicio en sus grados medio a máximo.

Si la conducta se realiza contra el imputado o acusado en proceso penal, la pena se impondrá en el grado máximo.

Art. 286. Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior se castigará al que presente ante un tribunal a los testigos, peritos o intérpretes que incurra en las conductas allí señaladas, así como a quien incorpora como prueba documentos, objetos u otros medios de prueba falsos o adulterados.

Los abogados que incurran en la conducta sufrirán el máximo de las penas señaladas, según el caso. Pero, tratándose de un fiscal del ministerio público, la pena privativa de libertad se aumentará a reclusión mayor en su grado mínimo, si con su conducta logra la dictación de una sentencia condenatoria firme.

Art. 287. Si media la retractación oportuna de quien haya incurrido en las conductas previstas en los dos artículos anteriores, la pena se reducirá en un grado. La retractación oportuna eximirá de responsabilidad penal en casos calificados, cuando su importancia para el esclarecimiento de los hechos y la gravedad de los potenciales efectos de su omisión, así lo justifiquen.

Retractación oportuna es aquella que tiene lugar ante el tribunal en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por éste al resolver la causa.

Art. 288. El que fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, falte a la verdad en declaración prestada bajo juramento o promesa exigida por ley, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se aplicarán al que presente o entregue a la autoridad antecedentes, datos o declaraciones falsas que deban tomarse en consideración en un proceso de fiscalización o para resolver un procedimiento administrativo, a menos que corresponda aplicar al hecho una pena más grave según las restantes disposiciones de este Código.

§ 6. De la prevaricación del abogado

Art. 289. El abogado o procurador que con abuso de su oficio, perjudique a quien sea o haya sido su cliente o descubra sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que cause, con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión en sus grados mínimo a máximo y multa de once a cien unidades tributarias mensuales.

Art. 290. El abogado o procurador que asesore, represente, patrocine o defienda los intereses de un cliente en contra de otro que sea o haya sido su asesorado, representado, patrocinado o defendido en el mismo asunto, sufrirá las penas de inhabilitación especial en su grado máximo para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

**ANEXO II. TIPOS RELEVANTES DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN LA
CONSIDERACIÓN USUAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA**

TÍTULO IV.

**DE LOS CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA, DE LAS
FALSIFICACIONES, DEL FALSO TESTIMONIO Y DEL PERJURIO.**

7. De las falsedades vertidas en el proceso y del perjurio

Art. 206. El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medios a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Tratándose de perito e intérpretes, sufrirán además la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

Si la conducta se realizare contra el imputado o acusado en proceso por crimen o simple delito, la pena se impondrá en el grado máximo.

Están exentos de responsabilidad penal por las conductas sancionadas en este artículo quienes se encuentren amparados por cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 305 del Código Procesal Penal.

Art. 207. El que, a sabiendas, presentare ante un tribunal a los testigos, peritos o intérpretes a que se refiere el artículo precedente, u otros medios de prueba falso o adulterados, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a veinte tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta

unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Los abogados que incurrieren en la conducta descrita sufrirán, además, la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

Art. 208. La retractación oportuna de quien hubiere incurrido en alguna de las conductas previstas en los dos artículos precedentes constituirá circunstancia atenuante muy calificada, en los términos del artículo 68 bis de este Código.

Retractación oportuna es aquélla que tiene lugar ante el juez en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por el tribunal que debe resolver la causa.

En todo caso, la retractación oportuna eximirá de responsabilidad penal en casos calificados, cuando su importancia para el esclarecimiento de los hechos y la gravedad de los potenciales efectos de su omisión así lo justificaren.

Art. 209. El falso testimonio en causa civil, será castigado con presidio menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la demanda no excediere de cuatro sueldos vitales, las penas serán presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Art. 210. El que ante la autoridad o sus agentes perjurare o diere falso testimonio en materia que no sea contenciosa, sufrirá penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Art. 211. La acusación o denuncia que hubiera sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada, será castigada con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, cuando versare sobre un crimen, con presidio menor en su grado medio y multa de once a quince unidades

tributarias mensuales, si fuere sobre simple delito, y con presidio menor en su mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se tratase de una falta.

Art. 212. El que fuera de los casos previstos en los artículos precedentes faltare a la verdad en declaración prestada bajo juramento o promesa exigida por ley, será castigado con la pena de prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

TÍTULO V

DE LOS CRIMENES Y SIMPLES DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL DESEMPEÑO DE SUS CARGOS

4. Prevaricación

Art. 223. Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares, y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados:

1° Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil.

2° Cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan 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, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos.

Art. 224. Sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios:

1° Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal.

2° Cuando a sabiendas contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad de todo o en parte sustancial.

3° Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida.

4° Cuando maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo.

5° Cuando maliciosamente retuvieren en calidad de preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley.

6° Cuando revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria.

7° Cuando con manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil.

Art. 225. Incurrirán en las penas de suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales o sólo en esta última, cuando por negligencia o ignorancia inexcusables:

1° Dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa civil.

2° Contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial.

3° Negaren o retardaren la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida.

4° Omitieren decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no llevaren a efecto la decretada, pudiendo hacerlo.

5° Retuvieren preso por más de cuarenta y ocho horas a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley.

Art. 226. En las mismas penas incurrirán cuando no cumpla las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever.

En estos casos el tribunal, suspendiendo el cumplimiento de la orden, representará inmediatamente a la autoridad superior las razones de la suspensión, y si ésta insistiera, le dará cumplimiento, libertándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que la mandó cumplir.

Art. 227. Se aplicarán respectivamente las penas determinadas en los artículos precedentes:

1° A las personas que, desempeñando por ministerio de la ley los cargos de miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales, fueren condenadas por algunos de los crímenes o simples delitos enumerados en dichos artículos.

2° A los subdelegados e inspectores que incurrieren en iguales infracciones.

3° A los compromisarios, peritos y otras personas que, ejerciendo atribuciones análogas, derivadas de la ley, del tribunal o del nombramiento de las partes, se hallaren en idénticos casos.

Art. 228. El que, desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, dictare a sabiendas providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.

Si la resolución o providencia manifiestamente injusta la diere por negligencia o ignorancia inexcusables, las penas serán suspensión en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Art. 229. Sufrirán las penas de suspensión de empleo en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, los funcionarios a que se refiere el artículo anterior, que, por malicia o negligencia inexcusable y faltando a las obligaciones de su oficio, no procedieren a la persecución o aprehensión de los delincuentes después de requerimiento o denuncia formal hecha por escrito.

Art. 230. Si no tuviere renta el funcionario que debe ser penado con suspensión o inhabilitación para cargos o empleos públicos; se le aplicará además de estas penas la de reclusión menor en cualquiera de sus grados o multa de por once a veinte unidades tributarias mensuales, según los casos.

Art. 231. El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Art. 232. El abogado que, teniendo la defensa actual de un pleito, patrocinare a la vez a la parte contraria en el mismo negocio, sufrirá las penas de inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

TÍTULO VI

DE LOS CRIMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA EL ORDEN Y LA SEGURIDAD PÚBLICOS COMETIDOS POR PARTICULARES

2bis. De la obstrucción a la investigación

Art. 269bis. El que, a sabiendas, obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeren al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a doce unidades tributarias mensuales.

La pena prevista en el inciso precedente se aumentará en un grado si los antecedentes falsos aportados condujeren al Ministerio Público a solicitar medidas cautelares o a deducir acusación infundada.

El abogado que incurriere en las conductas descritas en los incisos anteriores será castigado además, con la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

La retractación oportuna de quien hubiere incurrido en las conductas de que trata el presente artículo constituirá circunstancia atenuante. Tratándose de las situaciones a que se refiere el inciso segundo, la atenuante se considerará como muy calificada, en los términos del artículo 68 bis.

Se entiende por retractación oportuna aquella que se produjere en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por el tribunal que debiera resolver alguna medida solicitada en virtud de los antecedentes falsos aportados o, en su caso, aquella que decretada en virtud de los antecedentes falsos aportados y que condujere a su alzamiento o, en su caso, la que ocurra antes del pronunciamiento de la sentencia o de la decisión de absolución o condena, según corresponda.

Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 de este Código y el artículo 302 del Código Procesal Penal.

Art. 269 ter. El fiscal del Ministerio Público que a sabiendas ocultare, alterare o destruyere cualquier antecedente, objeto o documento que permita establecer la existencia o inexistencia de un delito, la participación punible en él de alguna persona o su inocencia, o que pueda servir para la determinación de la pena, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial perpetua para el cargo.

ANEXO III: NORMAS RELEVANTES EN EL DERECHO COMPARADO RELATIVAS A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

A. Código Penal Español

TÍTULO XX

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CAPÍTULO I

De la prevaricación

Artículo 446. El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.

Artículo 447. El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Artículo 448. El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

Artículo 449.

1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior.

CAPÍTULO II

De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución

Artículo 450.

1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

CAPÍTULO III

Del encubrimiento

Artículo 451. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1º. Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

2º. Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.

3º. Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, rebelión, terrorismo u homicidio.

b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave.

Artículo 452. En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo se impondrá al culpable la pena en su mitad inferior.

Artículo 453. Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena.

Artículo 454. Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º del artículo 451.

CAPÍTULO IV

De la realización arbitraria del propio derecho

Artículo 455.

1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.

CAPÍTULO V

De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos

Artículo 456.

1. Los que, conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados:

1º. Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave.

2º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave.

3º. Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara una falta.

2. No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarían proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que se la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido.

Artículo 457. El que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente, provocando actuaciones procesales, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

CAPÍTULO VI
Del falso testimonio

Artículo 458.

1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.

2. Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.

3. Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencia derivadas de ella, o sea realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero.

Artículo 459.

Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, las cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años.

Artículo 460.

Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, lo alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años.

Artículo 461.

1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores.

2. La misma pena se impondrá al que conscientemente presente en juicio elementos documentales falsos. Si el autor del hecho lo hubiera sido además de la falsedad, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior.

3. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función,

se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

Artículo 462.

Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado.

CAPÍTULO VII

De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional

Artículo 463

1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciere por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.
2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.
3. Si la suspensión tuviere lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del juez o miembro del tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial, se impondrá la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años.

Artículo 464.

1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa seis a veinticuatro meses.

Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena su mitad superior.

2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos.

Artículo 465.

1. El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años.

2. Si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses.

Artículo 466.

1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

2. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior.

3. Si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior.

Artículo 467.

1. El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.

2. El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.

CAPITULO VIII

Del quebrantamiento de condena

Artículo 468.

1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código a una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.

Artículo 469.

Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén reclusos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

Artículo 470.

1. El particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluido, bien durante su conducción, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Si se empleara al efecto violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o soborno, la pena será de prisión de seis meses a cuatro años.
3. Si se tratara de alguna de las personas citadas en el artículo 454, se les castigará con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o el Tribunal imponer tan sólo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas.

Artículo 471.

Se impondrá la pena superior en grado, en sus respectivos casos, si el culpable fuera un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido. El funcionario será castigado, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a 10 años si el fugitivo estuviera condenado por sentencia ejecutoria y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años en los demás casos.

CAPÍTULO IX

De los delitos contra la Administración de Justicia en la Corte Penal Internacional

Artículo 471 bis

1. El testigo que, intencionalmente, faltare a la verdad en su testimonio ante la Corte Penal Internacional, estando obligado a decir la verdad conforme a las normas estatutarias y reglas de procedimiento y prueba de dicha Corte, será castigado con prisión de seis meses a dos años. Si el falso testimonio se diera en contra del acusado, la pena será de prisión de dos a cuatro años. Si a consecuencia del testimonio se dictara un fallo condenatorio, se impondrá la pena de prisión de cuatro a cinco años.

2. El que presentare pruebas ante la Corte Penal Internacional a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas, será castigado con las penas señaladas en el apartado anterior de este artículo.
3. El que intencionalmente destruya o altere pruebas, o interfiera en las diligencias de prueba ante la Corte Penal Internacional, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de siete a 12 meses.
4. El que corrompiera a un testigo, obstruyera su comparencia o testimonio ante la Corte Penal Internacional o interfiriera en ellos, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses.
5. Será castigado con prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses quien pusiera trabas a un funcionario de la Corte, lo corrompiera o intimidara, para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida.
6. El que tomara represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de sus funciones que haya desempeñado él u otro funcionario, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses. En la misma incurrirá quien tome represalias contra un testigo por su declaración ante la Corte.
7. El que solicitara o aceptara un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales, incurrirá en la pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al triple del valor de la dádiva solicitada o aceptada.

B. Código Penal Alemán³⁶⁴

§ 145d. Simulación de un hecho punible

(1) Quien contra su propia convicción engañe a una autoridad o a una dependencia competente para recibir denuncias en el sentido de

1. que haya sido cometido un hecho antijurídico o
2. que es inminente la realización de uno de los hechos antijurídicos nombrados en el § 126, inciso 1,

³⁶⁴ Las normas transcritas corresponden a la traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, 1999, en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/stgb.pdf>; con algunos cambios menores en la traducción realizados por el autor del presente trabajo.

será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa, cuando el hecho no está amenazado con castigos en los § 164, 258 o 258a.

Sección Novena

Declaración falsa no juramentada y perjurio

§153. Declaración falsa no juramentada

Quien como testigo o perito declare sin juramento en falso ante un tribunal u otra dependencia competente para interrogar bajo juramento a testigos o peritos, será castigado con pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años.

§ 154. Perjurio

(1) Quien ante un tribunal u otra dependencia competente para recibir juramentos declare en falso, será castigado con pena privativa de libertad no inferior a un año.

(2) En casos menos graves el castigo será pena privativa de libertad de seis meses hasta cinco años.

§ 155. Corroboraciones similares al juramento

Se equiparan al juramento

- 1 La corroboración que reemplaza al juramento,
2. La invocación a un juramento anterior o a una corroboración anterior.

§ 156. Atestiguamiento falso bajo juramento

Quien ante una autoridad competente para recibir un atestiguamiento bajo juramento dé un tal atestiguamiento falso o invocando un tal atestiguamiento declare en falso, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

§ 157. Estado de necesidad para declarar

(1) Si un testigo o perito se ha hecho culpable de perjurio o de una declaración falsa no juramentada, entonces el tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49 inciso 2) y en el caso de declaración no juramentada también puede prescindir totalmente de la pena, cuando el autor no haya dicho la verdad para evitar a un

pariente o a sí mismo el peligro de ser castigado o de ser sometido a una medida de privación de libertad de seguridad y corrección.

(2) El tribunal también puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, inciso 2) o prescindir totalmente de la pena cuando una persona todavía incapaz de prestar juramento no haya jurado en falso.

§ 158. Rectificación de una declaración falsa

(1) El tribunal puede atenuar la pena a causa de perjurio, declaración juramentada falsa o declaración falsa no juramentada, según su criterio (§ 49 inciso 2) o prescindir del castigo cuando el autor haya rectificado oportunamente la declaración falsa.

(2) La rectificación es extemporánea cuando ya no pueda ser utilizada en la decisión o del hecho se haya originado una desventaja para el otro o cuando contra el autor ya se haya presentado denuncia o se haya iniciado una investigación.

(3) La rectificación puede efectuarse en aquella dependencia en la cual se haya hecho la declaración falsa o en aquella que debe examinarla dentro del proceso, así como ante un tribunal, un fiscal o una autoridad de policía.

§ 159. Tentativa de instigación a falsa declaración

Para la tentativa de instigación a una falsa declaración no juramentada (§ 153) y de un atestiguamiento falso bajo juramento (§ 156), rigen el § 30 inciso 1 y el § 31 inciso 1, numeral 1 e inciso 2 en lo pertinente.

§ 160. Inducción a declaración falsa

(1) Quien induzca a otro a efectuar un juramento en falso, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa; quien induzca a otro a efectuar una atestiguación falsa bajo juramento o una declaración falsa no juramentada, será castigado con pena privativa de la libertad hasta seis meses o con multa de hasta ciento ochenta importes diarios.

(2) La tentativa es punible.

§ 161 y § 162. Derogados

§ 163. Juramento falso culposo; atestiguamiento falso bajo juramento culposo

(1) Cuando una de las acciones descritas en los §§ 154 a 156 hayan sido cometidas por culpa entonces el castigo será pena privativa de la libertad hasta un año o multa.

(2) Se presenta falta de castigo cuando el autor haya corregido oportunamente la falsa declaración. Las disposiciones del § 158 inciso 2 y 3 rigen en lo pertinente.

Sección Décima

Imputación falsa

§ 164. Falsa imputación

(1) Quien contra su propia convicción impute un hecho antijurídico o la violación de una obligación de servicio a otro ante una autoridad o una persona con cargo oficial competente para recibir denuncias o ante un superior militar, con la intención de propiciar o continuar contra él un proceso disciplinario u otras medidas disciplinarias, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa.

(2) De la misma manera será castigado quien con la misma intención y contra su propia convicción ante alguna de las autoridades descritas en el inciso 1 o públicamente haga cualquier otra aseveración de tipo fáctico sobre otro que sea apropiada para promover o continuar contra él un proceso disciplinario u otras medidas disciplinarias.

§ 165. Publicación de la sentencia condenatoria

(1) Si el hecho se comete públicamente de acuerdo con el § 164 o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inciso 3) y se reconoce castigo por ello, entonces se ordenará por petición del lesionado que la condena por falsas imputaciones sea conocida públicamente. Si el lesionado muere, entonces el derecho a la petición pasa a los parientes descritos en el § 77 inciso 2. El § 77, inciso 2 a 4 rigen en lo pertinente.

(2) Para la forma de la publicación rige el § 200 inciso 2 en lo pertinente.

Sección vigésimo primera
Favorecimiento y receptación

§ 257. Favorecimiento

(1) Quien ayuda a otro que ha cometido un hecho antijurídico con la intención de prestarle ayuda para asegurarle las ventajas del hecho, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa.

(2) La pena no puede ser más grave que la que amenaza el hecho punible previo.

(3) No se castigará por favorecimiento a quien por la participación en los hechos anteriores es punible. Esto no se aplicará para aquel que instiga a un no participe en el hecho punible previo al favorecimiento.

(4) El favorecimiento solo será perseguido por solicitud por autorización o por querrela, cuando el favorecedor como autor o participe del hecho anterior solo podía ser perseguido por solicitud con autorización o querrela. El § 248a vale de manera correspondiente.

§ 258. Impedimento del castigo

(1) Quien intencional o conscientemente impida que otro sea castigado de acuerdo con la ley penal por un hecho antijurídico o que sea sometido a una medida (§ 11 inciso 1, numeral 8), será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa.

(2) De la misma manera será castigado quien impida intencional o conscientemente la ejecución total o parcial de un castigo o una medida impuesta contra otro.

(3) El castigo no debe ser más grave que la amenaza para el hecho punible anterior.

(4) La tentativa es punible.

(5) Por impedimento del castigo no será castigado, quien por el hecho quiera impedir al mismo tiempo total o parcialmente, que él mismo sea castigado o sometido a una medida o que se ejecute un castigo o una medida que a él se le imponga.

(6) Quien cometa el hecho a favor de un pariente, queda libre de castigo.

§ 258a. Impedimento del castigo en ejercicio de un cargo

(1) Si en los casos del § 258 inciso 1 el autor ha sido nombrado como titular de cargo para colaborar en el proceso penal o en el proceso para ordenar la medida (§1 1, inciso 1 numeral 8) o si en los casos del § 258, inciso 2, él ha sido nombrado como titular de cargo para colaborar en la ejecución del castigo o de la medida, entonces el castigo será de pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años, en casos menos graves el castigo será pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

(2) La tentativa es punible.

(3) No debe aplicarse el § 25,8 incisos 3 y 6

§ 259. Receptación

(1) Quien compre, o de otra manera obtenga para si o para un tercero, comercialice, o ayude a comercializar una cosa, que otro se haya robado o de otra manera haya obtenido por medio de un hecho antijurídico dirigido contra el patrimonio ajeno de un tercero, con el fin de enriquecerse o enriquecer a un tercero, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

(2) Los arts. 247 y 248a valen respectivamente.

(3) La tentativa es punible.

§ 260. Receptación profesional, receptación por bandas

(1) Será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años o con multa quien practique la receptación

1. como profesión, o

2. como miembro de una banda que se ha asociado para cometer continuamente robos, hurtos o receptaciones.

(2) La tentativa es punible.

(3) En los casos del inciso 1, numeral 2, se deben aplicar los §§ 43 a y 73d. El § 7 d, también debe aplicarse en los casos del inciso 1, numeral 1.

§ 260a. Receptación profesional de bandas

(1) Será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta diez años, quien cometa la receptación como miembro de una banda que se haya asociado para cometer continuamente robos, hurtos o receptaciones.

(2) En casos menos graves el castigo será de pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

(3) Deben aplicarse los arts. 43a y 73d.

Sección Trigésima³⁶⁵

Hechos punibles en el ejercicio del cargo público

§ 331. Aceptación de ventaja

(1) Un titular de cargo o una persona especialmente obligada con el servicio público que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para si o un tercero por una acción del servicio, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

(2) Un juez o árbitro que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para si o para un tercero como contraprestación por haber efectuado una acción judicial, o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. La tentativa es punible

(3) El hecho no es punible según el inciso 1, cuando el autor se deje prometer o no acepte una ventaja no exigida por él y la autoridad correspondiente dentro del marco de sus competencias o bien autoriza de antemano la aceptación o el autor de inmediato da aviso a la misma y ella autoriza la aceptación.

§ 332. Corruptela

(1) Un titular de cargo o una persona especialmente obligada con el servicio oficial que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para si o para un tercero como contraprestación, por haber efectuado una acción del servicio, o que efectuará en el futuro y con ello haya violado sus obligaciones de servicio, o que las violaría, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. La tentativa es punible.

³⁶⁵ A diferencia del caso del Código Penal Español, se ha incluido la sección entera del Código Penal Alemán referida a delitos de funcionarios, porque no hay distinción entre delitos contra la Administración Pública y delitos contra la Administración de Justicia.

(2) Un juez o árbitro que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja como contraprestación por haber efectuado una acción judicial, o que efectuará en el futuro y con ello viole sus obligaciones de servicio, o que las violaría, será castigado con pena privativa de la libertad de un año hasta diez años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

(3) En caso de que el autor exija, se deje prometer o acepte la ventaja como contraprestación por una futura acción, entonces deben aplicarse ya los incisos 1 y 2, cuando él se haya mostrado dispuesto frente al otro,

1. a violar sus deberes en la acción o

2. en cuanto la acción esté dentro de su discrecionalidad a haberse dejado influir por la ventaja a dejarse influenciar por medio de la ventaja en el ejercicio de discrecionalidad.

§ 333. Cohecho por dar u ofrecer

(1) Quien ofrezca, prometa u otorgue para sí o para un tercero una ventaja a un titular de cargo o a un especialmente obligado con el servicio público o a un soldado del ejército federal para que él efectúe una acción de servicio, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) Quien ofrezca, prometa u otorgue para si o para un tercero un ventaja a un juez o árbitro como contraprestación por haber efectuado una acción judicial o que efectuará en el futuro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(3) El hecho no es punible según el inciso 1, cuando la autoridad respectiva dentro del marco de sus competencias o bien haya autorizado con anterioridad la aceptación de la ventaja por medio del destinatario o la autorice por aviso inmediato del destinatario.

§ 334. Cohecho

(1) Quien ofrezca, prometa u otorgue una ventaja aun titular de cargo o a un empleado público especialmente comprometido con el servicio o a un soldado del ejército federal, para él o para un tercero como contraprestación por haber efectuado una acción de servicio, o para que la efectúe en el futuro y con ello haya violado o viole en el futuro sus obligaciones, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.

(2) Quien ofrezca, prometa u otorgue para si o para un tercero una ventaja a un juez o árbitro como contraprestación por

1. haber efectuado una acción judicial y con ello haya violado sus obligaciones judiciales

2. efectuarla en el futuro y con ello violando sus obligaciones judiciales, será castigado en los casos del numeral 1, con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años; en los casos del numeral 2, con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. La tentativa es punible.

(3) En caso de que el autor ofrezca, prometa u otorgue la ventaja como contraprestación por una acción futura, entonces deben aplicarse los incisos 1 y 2, cuando él intente determinar al otro, para que éste

1. viole sus obligaciones con la acción o

2. en cuanto la acción esté dentro de su discrecionalidad, se deje influenciar por la ventaja en el ejercicio de su discrecionalidad.

§ 335. Casos especialmente graves de corruptela y cohecho

(1) En casos especialmente graves se castiga

1. un hecho según

a) el § 332 inciso 1 frase 1, también en relación con el inciso 3 y

b) el § 334 inciso 1 frase 1 e inciso 2 también en relación con el inciso 3, con pena privativa de la libertad de uno a diez años y

2. un hecho según el § 332 inciso 2, también en relación con el inciso 3, con pena privativa de la libertad no inferior a dos años

(2) Un caso especialmente grave en el sentido del inciso 1 se presenta por regla general cuando

1. el hecho se refiera a una ventaja de grandes proporciones

2. el autor acepte continuamente ventajas que él exige como contraprestación para efectuar en el futuro una acción del servicio, o

3. el autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se haya asociado para la comisión continuada de tales hechos

§ 336. Omisión de la acción de servicio

A la ejecución de una acción del servicio o de una acción judicial se equipara en el sentido de los §§ 331 hasta 335, la omisión de la acción.

§ 337. Remuneración del árbitro

La remuneración de un árbitro constituye solo una ventaja en el sentido de los §§ 331 a 335, cuando el árbitro la exija, se la haga prometer o la acepte a espaldas de la otra parte, o se deje influenciar o cuando una parte se la ofrezca, prometa u otorgue a espaldas de la otra.

§ 338. Pena pecuniaria y ampliación del comiso

(1) En los casos del § 332, también en relación con los §§ 336 y 337 debe aplicarse el § 73d, cuando el autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se asoció para la comisión continuada de tales hechos.

(2) En los casos del § 334, también en relación con los §§ 336 y 337 deben aplicarse los §§ 43 a, 73 d cuando el autor actúe como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de tales hechos. El § 73 d debe aplicarse también cuando el autor actúa profesionalmente.

§ 339. Prevaricato

Un juez, otro titular de cargo o un árbitro que se le encuentre culpable de un prevaricato, en la dirección o decisión de un negocio jurídico a favor o en desventaja de una parte, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta cinco años.

§ 340. Lesión corporal en el ejercicio del cargo

(1) Un titular de cargo que durante el ejercicio de su servicio o en relación con su servicio cometa o haga cometer una lesión corporal, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. En casos menos graves el castigo será de pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa.

(2) La tentativa es punible. Los §§ 224 hasta 229 rigen en lo pertinente para hechos punibles según el inciso 1 frase 1.

§§ 341 y 342 Derogados

§ 343. Obtención de una declaración mediante violencia

(1) Quien como titular de cargo, que esté nombrado para colaborar en

1. un proceso penal, un proceso para el ordenamiento de una custodia oficial,
2. un proceso de imposición de multas o
3. un proceso disciplinario o un proceso ante un tribunal de honor o profesional maltrate a otro físicamente o de otra manera utilice contra él violencia, le amenace con violencia, o le atormente psíquicamente, para constreñirlo a afirmar o declarar algo o para omitir algo, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta diez años.

(2) En casos menos graves el castigo es de pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

§ 344. Persecución de no culpables

(1) Quien como titular de un cargo que esté nombrado para colaborar en un proceso penal, con excepción de los procesos para ordenar una medida que no sea de pena privativa de la libertad (§ 11, inciso 1, numeral 8) intencional o conscientemente persigue penalmente a un no culpable a alguien que, de otra manera no puede ser perseguido penalmente según la ley, o colabore con tal persecución, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta diez años, en casos menos graves con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. La frase 1 vale respectivamente para un titular de cargo que esté llamado para colaborar en un proceso para ordenar una custodia oficial.

(2) Quien como titular de cargo esté nombrado para colaborar en una medida no privativa de la libertad (§ 11, inciso 1, numeral 8), intencional o conscientemente persiga a alguien que por ley no pueda ser perseguido penalmente, o colabore con una tal persecución, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. La frase 1 vale respectivamente para un titular de cargo que ha sido llamado para colaborar en

1. un proceso de imposición de una multa o
2. un proceso disciplinario o un proceso ante un tribunal de honor o profesional.

La tentativa es punible.

§ 345. Ejecución contra no culpables

(1) Quien como titular de un cargo que esté nombrado para colaborar en la ejecución de una pena privativa de la libertad, un medida de seguridad y de corrección o seguridad, o una custodia oficial, ejecute una de tales penas, medidas o custodia aunque ella según la ley no pueda ser ejecutada, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta diez años; en casos menos graves con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.

(2) Si el autor actúa temerariamente, entonces el castigo es de pena privativa de la libertad hasta de un año o multa.

(3) Quien, con excepción de los casos del inciso 1, como titular de cargo este nombrado para colaborar en la ejecución de una pena, o de una medida (§ 11, inciso 1, numeral S), ejecute un castigo o una medida, aunque ella no pueda ser ejecutada según la ley, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. De la misma manera será castigado quien como titular de un cargo, esté nombrado para colaborar en la ejecución de

1. un arresto de un adolescente

2. en una multa administrativa, o consecuencias accesorias según el derecho de contravenciones al orden

3. de una corrección disciplinaria pecuniaria o de un arresto sustitutorio

4. de una medida disciplinaria o de una medida impuesta por un tribunal de honor o profesional ejecute una de tales consecuencias jurídicas, aunque ella no deba ser ejecutada según la ley. La tentativa es punible.

§§ 346 y 347: Derogados

§ 348. Falsedad ideológica en el ejercicio de sus funciones

(1) un titular de cargo que esté autorizado para la recepción de documentos públicos que dentro de su competencia, certifique falsamente una hecho jurídico relevante o la inscriba o introduzca falsamente en registros públicos, libros o archivos de datos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) La tentativa es punible.

§§ 349 a 351. Derogados

§ 352. Cobro excesivo de remuneración

(1) Un titular de cargo, abogado u de otra manera asistente jurídico que deba cobrar derechos u otras remuneraciones para e diligencias oficiales a su favor, cuando él cobre derechos o remuneraciones, de las cuales él sepa que el que paga no debe nada o solo debe una pequeña cantidad, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa.

(2) La tentativa es punible.

§ 353. Cobro excesivo de contribuciones; reducción de aportes

(1) Un titular de cargo, que deba cobrar impuestos, derechos u otras contribuciones para el erario público, de las cuales él sepa que el que paga no debe nada en absoluto o solo debe una pequeña cantidad, cuando él las cobre y no lo entregue al erario totalmente o una parte de lo que ha recaudado, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.

(2) De la misma manera, será castigado quien como titular de cargo en gastos oficiales en dinero o en especie, le haga al destinatario descuentos ilegales o cargue en las cuentas los pagos como efectuados en su totalidad.

§ 353a. Infidelidad en el servicio exterior

(1) Quien en representación de la República Federal Alemana frente a un gobierno extranjero, o a una comunidad de Estados, o a una organización interestatal, actúe en contra de una orden oficial, o con la intención de engañar al gobierno federal, presente informes falsos de tipo fáctico, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) El hecho será perseguido solo con autorización del Gobierno Federal.

§ 353b. Violación del secreto de servicio y de una obligación especial de secreto

(1) Quien revele sin autorización un secreto oficial que le ha sido confiado o de otra manera le sea conocido como

1. titular de un cargo,
2. especialmente obligado con el servicio público, o
3. persona, que asume las tareas o competencias de acuerdo con el derecho de representación personal, y con ello ponga en peligro importantes intereses públicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. Si el autor por el hecho ha puesto en peligro culposamente importantes intereses públicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa.

(2) Quien prescindiendo de los casos del inciso 1, sin autorización deje llegar a otro o haga conocer públicamente un objeto o una noticia sobre cuya guarda de secreto él

1. esté obligado con base en una determinación de un órgano legislativo de la Federación o de un Estado, o de uno de sus comités o

2. haya sido formalmente obligado por otra entidad oficial, bajo referencia a la punibilidad de la violación de la obligación de la guarda del secreto, y con ello ponga en peligro importantes intereses públicos, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta tres años o con multa.

(3) La tentativa es punible.

(4) El hecho solo será perseguido con autorización. La autorización será expedida

1. por el presidente del órgano legislativo
 - a) en los casos del inciso 1, cuando el autor haya conocido el secreto durante su actividad en un órgano legislativo o para un órgano legislativo de la Federación o de un Estado,
 - b) en los casos del inciso 2, numeral 1;
2. por la autoridad federal suprema.
 - a) en los casos de inciso 1, cuando el autor ha tenido conocimiento del secreto durante su actividad de otra manera en una autoridad o para una autoridad o para otra entidad oficial de la Federación,
 - b) en los casos del inciso 2, cuando el autor ha sido obligado por una entidad oficial de la Federación;
3. por la autoridad suprema de los Estados en todos los casos de los incisos 1 y 2 numeral 2.

§ 353e. Derogado

§ 353d. Comunicación prohibida sobre audiencias judiciales

Será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa, quien

1. haga una comunicación pública en contra de una prohibición legal sobre una audiencia judicial, en la que el a publicidad quedó excluida, o sobre el contenido de un una pieza escrita oficial relacionado con el asunto.
2. revele sin autorización en contra de una obligación de guardar silencio, impuesta por un tribunal con base en una ley, hechos que por medio de un proceso judicial no público, o por medio de escrito oficial relacionado con el asunto, hayan llegado a su conocimiento o
3. la resolución de acusación u otras piezas escritas oficiales, de un proceso penal, de un proceso de imposición de multa, o de un proceso disciplinario, se comunique oficialmente en su contexto, totalmente o en sus partes esenciales, antes de que el escrito sea discutido públicamente en el proceso, o que el proceso haya terminado.

§ 354. Derogado.

§ 355. Violación del secreto tributario

(1) Quien sin autorización revele o utilice

1. condiciones de otro, que a él como titular del cargo
 - a) en un proceso administrativo o en un proceso judicial en asuntos tributarios
 - b) en un proceso penal a causa de un hecho penal de impuestos o en un proceso de imposición de multa por una transgresión al orden impositivo,
 - c) por otro motivo mediante comunicación de una autoridad de hacienda pública o por la presentación legal reglamentaria de una notificación tributaria o una certificación sobre verificaciones efectuadas efectuadas en la tribulación, o
2. un secreto ajeno de empresa o negocio, que él como titular del cargo haya conocido en uno de los procesos citados en el numeral 1, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.

(2) A los titulares del cargo se equiparan en el sentido del inciso 1

1. los que están especialmente obligados con el servicio público.
 2. los peritos consultados oficialmente y
 3. Los títulos de cargos eclesiásticos y de otras sociedades religiosas de derecho público.
- (3) El hecho solo será perseguido por solicitud del superior de servicio o del lesionado. En hechos de peritos consultados oficialmente, tienen derecho de solicitud el director de la autoridad cuyo proceso haya sido tocado, junto con el lesionado.

§ 356. Colusión

- (1) Un abogado u otro asesor jurídico, que sirva antijurídicamente a ambas partes por medio de consejo o apoyo en el mismo asunto jurídico que se le ha encomendado en tal calidad, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.
- (2) Si el mismo actúa en connivencia con la contraparte en detrimento de su parte, entonces se impondrá pena privativa de la libertad de uno hasta cinco años.

§ 357. Inducción de un subordinado a un hecho punible

- (1) Un superior que induzca o trate de inducir a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo o que permita que suceda tal hecho antijurídico de sus subordinados, incurre en el castigo que amenaza a ese hecho antijurídico.
- (2) La misma determinación se aplicará a un titular de cargo, a quien se le ha encargado de la supervisión o control de los actos de servicio de otro titular de cargo, en tanto que el hecho antijurídico cometido por éste último titular de cargo, afecte los asuntos que se encuentran sometidos a su supervisión y control.

§ 358. Consecuencias accesorias.

Junto con una pena privativa de la libertad de por lo menos seis meses a causa de un hecho punible según los §§ 332, 335, 339, 340, 343, 344, 345 incisos 1 y 3, §§ 348, 352 hasta 353b inciso I, §§ 355 y 357, el tribunal puede imponer la privación de la capacidad para ocupar cargos públicos (§ 45, inciso 2).

ANEXO IV. PROPUESTA DE TIPIFICACIÓN ALTERNATIVA

§ 1 Prevaricación

Artículo 1: El juez, árbitro, o integrante de un tribunal colegiado que, a sabiendas, dicte sentencia injusta, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con la de reclusión menor en su grado medio.

Si se tratara de una sentencia injusta contra el imputado en causa criminal, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con la de reclusión menor en su grado máximo.

Artículo 2: El juez, árbitro, o integrante de un tribunal colegiado que, a sabiendas, omite dictar sentencia estando legalmente obligado a ello, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado medio, y con la de reclusión menor en su grado mínimo.

Artículo 3: El funcionario público no perteneciente al poder judicial que, resolviendo con efecto definitivo un conflicto sometido legalmente a su conocimiento, dicte a sabiendas una resolución manifiestamente injusta, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta en su grado máximo para ejercer cargos y oficios públicos, y con la de reclusión menor en su grado mínimo.

§ 2 De la persecución de inocentes y de la omisión del deber de persecución

Artículo 4: El funcionario público, cuyo cargo se encuentre ligado institucionalmente a la persecución penal, que a sabiendas persiga u ordene la persecución de una persona inocente, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer

cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con reclusión menor en su grado máximo.

Estará justificado quien actúe bajo obediencia debida, siempre que la orden no sea manifiestamente injusta.

Artículo 5: El funcionario público, cuyo cargo se encuentre ligado a la persecución penal, que a sabiendas falte a su deber de perseguir la responsabilidad por la comisión de un delito, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado medio, y con reclusión menor en su grado medio a máximo.

§ 3 Del encubrimiento

Artículo 6: El que sin haber tenido participación en la comisión de un hecho antijurídico, tras su consumación impida total o parcialmente la persecución de los autores o partícipes de éste, o entorpezca activamente de modo relevante la investigación, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio.

Estarán exculpados el cónyuge, el conviviente, y los parientes del responsable por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive.

Artículo 7: El que sin haber tenido participación en la comisión de un hecho antijurídico, tras su consumación ayude a los autores o partícipes de éste a que se aseguren las ventajas del hecho antijurídico, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

Tratándose de fiscales del Ministerio Público y otros funcionarios públicos cuyo cargo esté ligado a la persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con presidio menor en su grado medio.

Estarán exculpados el cónyuge, el conviviente, y los parientes del responsable por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive.

§ 4 De la obstrucción a la justicia

Artículo 8: El que a sabiendas destruya, inutilice, u oculte medios de prueba que pudieren favorecer al imputado en un proceso penal o que obren en poder del Ministerio Público o de la defensa del imputado, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio.

Tratándose de funcionarios ligados a la actividad jurisdiccional, y de fiscales del Ministerio Público y otros funcionarios públicos cuyo cargo esté ligado a la persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si la conducta descrita en el inciso primero fuere realizada por un abogado, será castigado además con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer profesiones titulares en su grado máximo.

Artículo 9: El que, mediante violencia o intimidación, constriña a un testigo, perito, intérprete, u a otro partícipe de un proceso penal a realizar u omitir actuaciones, o a determinar la forma de la actuación, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

Tratándose de funcionarios ligados a la actividad jurisdiccional, y de fiscales del Ministerio Público y otros funcionarios públicos cuyo cargo esté ligado a la persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con presidio menor en su grado máximo.

Si la conducta descrita en el inciso primero fuere realizada por un abogado, será castigado además con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer profesiones titulares en su grado máximo.

Artículo 10: El que mediante recompensa o promesa determine a un testigo, perito, intérprete u otro partícipe de un proceso penal a realizar u omitir actuaciones, o determine la forma de la actuación, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

Tratándose de funcionarios ligados a la actividad jurisdiccional, y de fiscales del Ministerio Público y otros funcionarios públicos cuyo cargo esté ligado a la persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado máximo, y con presidio menor en su grado medio.

Si la conducta descrita en el inciso primero fuere realizada por un abogado, será castigado además con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer profesiones titulares en su grado máximo.

Artículo 11: El que, citado legalmente, no comparezca intencionalmente a una audiencia ante un Tribunal en un proceso penal en que el imputado se encuentre sujeto a prisión preventiva, provocando su incomparecencia la suspensión de dicha audiencia, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio.

Tratándose de funcionarios ligados a la actividad jurisdiccional, y de fiscales del Ministerio Público y otros funcionarios públicos cuyo cargo esté ligado a la persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos en su grado medio, y con reclusión menor en su grado medio a máximo.

Si la conducta descrita en el inciso primero fuere realizada por un abogado, será castigado además con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer profesiones titulares en su grado medio.

§ 5 Del falso testimonio y la presentación de pruebas falsas

Artículo 12: El testigo, perito o intérprete que en un proceso judicial falte a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo, si la declaración se produce en proceso penal contra el imputado

o acusado, y con la pena de reclusión menor en su grado medio si se trata de otro proceso judicial contencioso.

Tratándose de peritos o intérpretes, sufrirán además la pena de inhabilitación especial de su condición de perito o intérprete en juicio en su grado máximo.

Artículo 13: Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior se castigará a quien presente como prueba documentos, objetos u otros medios de prueba falsos o adulterados, así como a quien induzca a un testigo a presentar falso testimonio.

Los abogados que incurran en dicha conducta serán castigados además con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer profesiones titulares en su grado medio.

Artículo 14: El que cometa una de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, en un procedimiento no judicial cuyo objeto sea resolver conflictos de competencia de órganos administrativos con efecto definitivo, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

Artículo 15: La retractación oportuna de quien haya incurrido en las conductas previstas en los tres artículos anteriores eximirá de responsabilidad penal.

Retractación oportuna es aquella que tiene en lugar ante el mismo tribunal u órgano administrativo en que se incurrió en el falso testimonio o en la presentación de pruebas falsas, en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada al resolver la causa por éste.

§ 6 Deslealtad profesional del abogado:

Artículo 16: El abogado que, sin el consentimiento de su patrocinado o mandante judicial, represente en el mismo proceso a su contraparte, será castigado con la pena

de presidio menor en su grado mínimo, e inhabilitación absoluta para ejercer cargos profesionales en su grado medio.

Artículo 17: Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será castigado el abogado que perjudique intencionalmente los intereses de su patrocinado o mandante judicial en el proceso.