

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES  
Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

# LA PREVARICACIÓN

Memoristas  
**Gonzalo Celedón Bulnes**  
**Marlene Dussaubat Pedersen**  
Profesor Guía Eduardo Sepúlveda Crerar  
**2004**



INTRODUCCIÓN . . .	1
<b>CAPÍTULO I: LA PREVARICACIÓN, UNA FIGURA PENAL EN DESUSO. .</b>	<b>3</b>
<b>1.- CONCEPTO DE PREVARICACION .</b>	<b>3</b>
1.1.- ETIMOLOGÍA .	5
1.2.-CONCEPTO DOCTRINARIO . .	5
1.3.-CONCEPTO DE NUESTRA LEGISLACIÓN POSITIVA .	10
1.4.-CLASIFICACIONES DOCTRINARIAS DE PREVARICACIÓN . .	11
<b>2.-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO . .</b>	<b>13</b>
2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO DE LOS CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL DESEMPEÑO DE SUS CARGOS. .	14
2.2.-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA PREVARICACIÓN. .	16
<b>3.- CARACTERÍSTICAS DEL DELITO .</b>	<b>18</b>
<b>4.-SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO DE PREVARICACIÓN . .</b>	<b>19</b>
<b>5.- ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PENAL. .</b>	<b>22</b>
5.1.-ANÁLISIS DEL ARTICULADO DEL CÓDIGO PENAL . .	25
<b>6.- JURISPRUDENCIA SOBRE PREVARICACIÓN .</b>	<b>41</b>
<b>7.-CONCLUSIÓN PRELIMINAR. .</b>	<b>43</b>
<b>CAPÍTULO II: LOS REMEDIOS PROCESALES Y DISCIPLINARIOS COMO SUPLETORIOS DE LA ACCIÓN PENAL POR PREVARICACIÓN .</b>	<b>45</b>
<b>1.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA . .</b>	<b>45</b>
1.1.-INDEPENDENCIA .	46
1.2.-INAMOVILIDAD . .	47
1.3.-RESPONSABILIDAD . .	48
<b>2.- REMEDIOS PROCESALES .</b>	<b>49</b>
2.1.-DE LA CASACIÓN . .	50
2.2.-DE LA REVISIÓN . .	55
<b>3.- DE LAS IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES .</b>	<b>57</b>

4.-DE LA QUEJA .	58
5.-QUERRELLA DE CAPÍTULOS .	64
5.1.-ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE QUERRELLA DE CAPÍTULOS .	67
6.-CONCLUSIÓN PRELIMINAR .	68
CAPÍTULO III: Hacia una re-visión del concepto de prevaricación . .	71
1.- DERECHO A LA JUSTICIA. . .	71
2.-RESOLUCIÓN INJUSTA. . .	73
3.-RECTITUD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. . .	74
4.- CONCLUSIÓN PRELIMINAR. .	75
CONCLUSIÓN. .	77
BIBLIOGRAFÍA. . .	79

---

# INTRODUCCIÓN.

Nuestra memoria trata sobre prevaricación, de ello surge la interrogante: ¿Que se entiende naturalmente por prevaricación?

La palabra no es de ordinario uso ni un término muy conocido, de hecho una las principales dificultades al iniciar este trabajo fue determinar qué quiere decir prevaricación. Encontramos diversas explicaciones sobre el origen del término y su introducción al campo del derecho, pero, en general podemos decir que la prevaricación hace referencia al andar torcido, a los actos reñidos con la ética en el ejercicio de un cargo o profesión, conlleva incorrección y o incumplimiento de los deberes.

En el derecho romano se calificaba de prevaricador al acusador que llegaba a un entendimiento con el acusado para torcer la decisión jurisdiccional, pero también hace referencia a los jueces que tuercen la administración de la justicia, cuestión que es reprochada en toda organización social desde las legislaciones más antiguas. “Se castigaba tan fuerte al juez prevaricador, que, en Persia, una vez, se desolló a un juez y con su piel se forró el asiento en que debían sentarse sus sucesores.”<sup>1</sup>

Un elemento medular en el concepto de prevaricación es la directa relación con la traición a la confianza o fe pública, depositada especialmente en los jueces, como también en los abogados, procuradores y funcionarios públicos en general.

Esta conducta reñida con la moral, con la ética profesional y por cierto con el derecho, es objeto de sanción penal. La gravedad de la conducta del prevaricador no

---

<sup>1</sup> Derecho Penal, Tratado bajo doble aspecto científico y social, tomo II, Dr. Teodosio González, Asunción 1928.

radica en su resultado, sino en el hecho de que ella denota un total desinterés o desprecio por el correcto ejercicio del cargo que se inviste.

Nos ha llamado la atención este delito porque busca proteger a los ciudadanos de aquellos funcionarios públicos que abusando de su investidura traicionan los deberes de su cargo.

Dentro de la prevaricación nuestro mayor interés se ha centrado en la prevaricación de jueces, pues el incumplimiento de su cargo afecta a la administración de justicia, que constituye uno de los pilares fundamentales para garantizar la eficacia de un estado de derecho. Por este motivo dedicaremos principalmente esta memoria a la prevaricación judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, incluiremos también la prevaricación de abogados y procuradores, dado que ellos igualmente cumplen un rol en la administración de justicia, y en razón de lo mismo, abarcaremos algunos casos de prevaricación de funcionarios del orden político administrativo cuyas funciones digan relación con la administración de justicia, como fiscales del ministerio público y peritos..

El presente trabajo consta de tres capítulos. El primero se titula: La prevaricación una figura penal en desuso. En él tratamos: el concepto de prevaricación, (etimología de la palabra, posición de la doctrina española e italiana, concepción de la doctrina nacional), hacemos un análisis acerca de cuál es el bien jurídico protegido; para continuar con un estudio de la legislación positiva y la escasa jurisprudencia nacional, el que arroja a modo de conclusión preliminar, que estamos en presencia de una figura penal en desuso.

El capítulo segundo se titula: Los remedios procesales y disciplinarios como supletorios de la acción penal por prevaricación. En razón de lo concluido en el capítulo primero, en este capítulo analizamos como nuestro sistema está estructurado en orden a privilegiar los medios de impugnación o incidentales, incluso las medidas disciplinarias, por sobre la acción penal por prevaricación.

El capítulo tercero lo titulamos: Hacia una re-visión del concepto de prevaricación. En él analizamos el tema del bien jurídico protegido a luz del derecho a la justicia, la resolución injusta y al recto actuar de los jueces, y finalmente formulamos nuestra posición crítica respecto de lo que debería ser el bien jurídico en esta figura penal en la legislación nacional.

# CAPÍTULO I: LA PREVARICACIÓN, UNA FIGURA PENAL EN DESUSO.

## 1.- CONCEPTO DE PREVARICACION

El delito de prevaricación, también llamado prevaricato, no ha sido definido por las legislaciones en general, siendo el caso chileno un ejemplo de la situación expuesta. Es así como nuestro Código Penal se limita a señalar específicamente las conductas constitutivas de dicho delito, sin entregar una definición del mismo.

El diccionario de Joaquin Escriche define prevaricar como: “la falta a las obligaciones del oficio, quebrantando la palabra, fe, religión o juramento”.<sup>2</sup> Como la definición transcrita lo expresa, prevarica quien falta a las obligaciones de su oficio, el oficio que se detenta implica una relación de confianza previa, la que puede emanar de distintas fuentes, como la fe, la religión o un juramento.

Jurídicamente a través de la historia la prevaricación ha sido considerada un delito, pero el concepto de prevaricación para el derecho penal no es igual al antes descrito, pues para sancionar penalmente un hecho no es posible considerar una fórmula tan

---

<sup>2</sup> Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Joaquín Escriche, Santiago Chile 1977.

amplia como la traición de un deber, ni aún cuando se restrinja el origen de ese deber.

Es por eso que en la legislación nacional y en el derecho comparado ha sido una constante el no dar una definición genérica de este delito, sino que por el contrario, se ha optado por describir detalladamente cada una de las conductas que lo constituyen, dando de esta forma cumplimiento al principio de tipicidad.

En búsqueda de un concepto de prevaricación, hemos recogido distintas definiciones, como la ya transcrita de Joaquín Escriche, y otras como las siguientes:

Del Diccionario de la Real Academia de la lengua española, seleccionamos el significado de las palabras prevaricación, prevaricar y prevaricato, siendo estos; prevaricación: acción y efecto de prevaricar. Prevaricar: 1 delinquir los empleados públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia inexcusable resolución de manifiesta injusticia. 2 Derecho, cometer el crimen de prevaricato. 3 Por extensión, cometer uno cualquiera otra falta menos grave en el ejercicio de sus deberes. 4 familiar, desvariar decir desatinos. 5 desusado, hacer prevaricar. Prevaricato: derecho, incumplimiento malicioso o por ignorancia culpable, de las funciones públicas que se desempeñan. 2 Derecho, injusticia dolosa o culposa cometida por un juez o magistrado.<sup>3</sup>

Estas mismas definiciones las obtuvimos del diccionario español latino de Manuel Valbuena: Prevaricación: 1 colusión, inteligencia con el enemigo. 2 Acto y efecto de prevaricar. Prevaricar: 1 faltar a la fe, a la palabra, al juramento, a la confianza *fidem fallere, podere*. 2 flaquear en el juicio u orden de las acciones. 3 Invertir el orden y disposición de alguna cosa. Prevaricador: el que falta a la confianza, a la fe. Prevaricato: falta del fiscal, abogado o procurador a la fidelidad de su parte haciendo por la contraria.<sup>4</sup>

De igual forma, y volviendo al diccionario de Joaquín Escriche recogimos la definición de prevaricato: “el delito que cometen el abogado y el procurador que violando la fidelidad debida a su litigante favorecen a su contrario” (Partida 7, Ley 1, Título 1).

Este engaño, que es una especie de falsedad, y como dice una ley, “**ha en sí ramo de traición**”, se castiga con destierro perpetuo a isla y confiscación de todos los bienes, no habiendo descendientes dentro del tercer grado que hereden (Partida 7, Ley 11, título 16). También se llama prevaricato “el delito de los empleados públicos y especialmente de los jueces, que **faltan a las obligaciones de su oficio quebrantando la palabra, fe, religión o juramento**”.<sup>5</sup>

Todas estas definiciones coinciden en el hecho que, el funcionario público falta a las obligaciones de su cargo, infringiendo con esta falta, la confianza depositada en él para su ejercicio, lo mismo en el caso de abogados y procuradores que al violar las obligaciones de su cargo traicionan la confianza de su cliente.

Federico Puig Peña rechaza las críticas al Código Penal de su país por no haber precisado el concepto jurídico de la palabra prevaricación: “Si en nuestro cuerpo legal

<sup>3</sup> Real academia de la lengua, Diccionario de la lengua española, 21ª edición, Madrid 1992.

<sup>4</sup> Novísimo diccionario español latino, Manuel Valbuena, España 1923

<sup>5</sup> Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Joaquín Escriche, Santiago Chile 1977.

hubiese, en efecto, un artículo que hablase del funcionario que “prevaricase”, entonces sí habría que investigar el verdadero sentido de la palabra; pero nuestro código enumera uno por uno los supuestos de prevaricación, dando hechos concretos que dificultan, dada su multiplicidad, el dar una definición genérica de la misma; la que por otra parte es innecesaria, pues todo lo más que se puede decir de ella, en ese sentido amplio, es que consiste como dice nuestro Tribunal Supremo, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua, en faltar a la obligación de la autoridad o cargo que se desempeña, **en los cometidos y en las formas que establecen los artículos del Código**, añade Quintano para precisar el concepto de prevaricación.

Además, el mismo sentido etimológico de la palabra nos lleva a la imprecisión, pues siendo aquella una derivación de *varicare* (patituerto, caminar torcido,) equivale a hacer una cosa fuera de la regla, de lo derecho, etc., encierra un contenido amplio e impreciso incompatible con la minuciosidad que exige todo precepto punitivo.”<sup>6</sup>

## 1.1.- ETIMOLOGÍA

---

“Según el Dr. Eduardo Meireles, profesor del Instituto de Matanzas, la palabra deriva del latín y está compuesta por dos voces: pre, que quiere decir delante, y varicare, que significa abrir las piernas. La palabra varicare es un derivado del vocablo varus, cuyo significado es patituerto, esto es, el que camina a paso torcido, que no va por buen camino. Esta etimología se sustenta también por los diccionarios etimológicos de Monlau, de Rodríguez Navas y por los diccionarios ingleses de Webster y Century. Etimológicamente y según el Sr. Tejera, podemos observar que la palabra se refirió primeramente a lo físico, extendiéndose después su significado al campo de la moral, para denotar la persona que quebranta sus leyes. Por último, esta palabra se ha incorporado al lenguaje jurídico, en el cual indica un delito que pueden cometer los funcionarios públicos.”<sup>7</sup>

Para el Dr. A. Gustavo Cornejo: “La palabra prevaricación, deriva según Ulpiano de **a vericando** que significa andar con pies torcidos. En efecto, los hechos que la ley incrimina bajo el título de prevaricato, significan un defecto moral análogo al defecto físico del significado etimológico de la palabra. Según otros la matriz léxica del prevaricato es el verbo prevaricar, que significa apartarse del camino recto”<sup>8</sup>.

## 1.2.-CONCEPTO DOCTRINARIO

---

No es fácil conceptuar este delito, incluso hay autores que esquivan dar una definición de prevaricación, ya que resulta difícil sintetizar en pocas palabras lo que ella encierra. En este sentido Federico Puig Peña plantea la no necesidad de entregar un concepto

<sup>6</sup> Derecho Penal, Federico Puig Peña, cuarta edición actualizada, Madrid 1955.

<sup>7</sup> Delito de prevaricación, memoria de prueba, Universidad de Chile, Javier Alsina Acuña, Santiago 1936.

<sup>8</sup> Derecho Penal parte especial, tomo I, Dr. A. Gustavo Cornejo, Lima 1937.

jurídico de la palabra prevaricar, toda vez que la normativa penal se encarga de ello al describir detalladamente cada una de las conductas que constituyen prevaricación.

Es posible que en el ámbito legislativo baste la descripción típica, sin embargo, no es así en el ámbito de la doctrina, pues para el estudio de un delito determinado, como es el caso, es importante la comprensión de su naturaleza lo que permitirá una mejor sistematización y análisis.

En doctrina existen distintas tradiciones jurídicas sobre prevaricación, según la tradición que informe el respectivo ordenamiento jurídico esta palabra será usada para designar unas conductas u otras.

### 1.2.1. Posición de la tradición hispanoamericana

Dentro de las tradiciones a que hacemos referencia, está la corriente hispanoamericana, que tiene sus orígenes en la doctrina española clásica, de la época de las siete partidas y que informó el Código Penal de 1850, inspirador del nuestro y de otros en la América latina.

Esta tradición entiende a la prevaricación como un delito típicamente de jueces. Que en una concepción amplia, se hizo extensivo a otros sujetos que desempeñan función jurisdiccional, como también a funcionarios públicos que tienen obligación de pronunciarse conforme a la ley, y a auxiliares de la administración de justicia, como abogados y procuradores.

En este sentido Carlos Fontán Balestra en su libro Derecho Penal parte especial, cuyo capítulo X es titulado “El Prevaricato”, parte diciendo: “El prevaricato es el típico delito de los jueces”. En referencia a esta tradición señala: “En las Partidas encontramos ya el prevaricato del juez, contemplándolo también para los abogados y procuradores”.<sup>9</sup>

Raimundo Del Río expone esta doctrina en la siguiente forma: “Hay quienes estiman que el delito de prevaricación sólo puede ser cometido por jueces, porque es de su esencia la injusticiamaliciosa del fallo. Creemos exagerado dicho criterio, no sólo porque hay otras autoridades que las judiciales que pueden dictar fallos, sino porque muchas legislaciones, la nuestra entre ellas, consideran especialmente como prevaricación ciertos actos de funcionarios no judiciales y aún de profesionales, como algunos abogados y procuradores.”<sup>10</sup> Es cierto que la legislación incluye a otros sujetos activos distintos del juez, sin embargo es importante tener en cuenta que estos sujetos están en conexión con la actividad jurisdiccional, ya sea por estar encargados de emitir un pronunciamiento conforme a derecho o por desempeñarse como auxiliares de la administración de justicia.

Octavio González Roura explica el criterio de inclusión de sujetos activos distintos al juez en el delito de prevaricación: “La objetividad jurídica que se consulta entonces para la calificación de este delito, que es la ya expresada de la ofensa y perjuicio inferidos a los intereses públicos de la administración, hace que además del prevaricato del juez, se considere el de los árbitros y amigables componedores, así como el de la duplicidad de

---

<sup>9</sup> Derecho Penal parte especial pág 749, Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Argentina 1958.

<sup>10</sup> Manual de Derecho Penal, José Raimundo Del Río, editorial Nacimiento, Santiago, Chile 1947.

los abogados, procuradores, asesores y fiscales. **Porque de igual manera contribuyen a desviar y entorpecer la administración de justicia.**"<sup>11</sup>

Es un rasgo distintivo del delito de prevaricación el ser una figura ligada a la "administración de justicia", cuya sanción busca proteger su correcta administración.

Es así como a su principal sujeto activo, el juez, se le sanciona por el incumplimiento de su función de someter a los ciudadanos al imperio de la ley, de igual manera se hace con los árbitros que desempeñan funciones análogas. Y con los fiscales y peritos cuyos dictámenes puedan provocar una decisión jurisdiccional errónea.

También como sujetos activos de este delito se sanciona a funcionarios públicos que obligados a aplicar la ley, lo hacen contra derecho, ya sea en los contencioso administrativo o lo meramente administrativo.

Los abogados y mandatarios judiciales igualmente son sujetos de sanción por prevaricación, en razón de que el correcto ejercicio de su función es pieza clave para una correcta administración de justicia, y su infidelidad profesional priva a una de las partes del fundamental derecho a la defensa, produciendo un desequilibrio procesal que en definitiva lesiona la correcta administración de justicia. El jurista argentino Sebastián Soler explica este punto de vista, si consideramos que el bien jurídico tutelado es la recta administración de justicia, "la cual puede ser perjudicada no solamente por la mala actuación del juez, sino también por la actuación infiel de ciertos sujetos cuya intervención dentro del juicio, como debate o contienda de partes, es ineludible. En la medida que las leyes suponen esa cooperación privada en la administración de justicia los sujetos se hayan sometidos a ciertas normas específicamente tutelares de la función a que contribuyen".<sup>12</sup>

Siguiendo esta tradición, Soler define Prevaricación como: "atentado contra la administración de justicia cometido por los jueces o los abogados con violación de sus deberes esenciales".<sup>13</sup> De acuerdo con ella los sujetos activos son abogados y jueces, el bien jurídico protegido es la (correcta) administración de justicia, y su forma de comisión es la violación de los deberes esenciales del cargo.

De esta manera, en la tradición hispanoamericana, la prevaricación es en general, un delito de cargo, propio de la función que se ejerce.

Esta concepción de prevaricación, de raíz hispana, se ve profundamente modificada en el Código Penal Español de 1995, que cambia la visión de este delito. Sancionando al sujeto activo juez en un título especial, de delitos contra la administración de justicia, y a los funcionarios públicos en un título distinto, de delitos contra la administración pública. Excluyendo a los abogados y procuradores, quienes dejan de ser sujetos activos de prevaricación, calificando sus infidelidades en un tipo nuevo, la deslealtad profesional.

Esta reforma española será analizada con mayor profundidad en el capítulo tercero

---

<sup>11</sup> Derecho Penal parte especial, Tomo III, Gustavo González Roura, Buenos Aires Argentina 1925.

<sup>12</sup> Derecho Penal argentino tomo V, Sebastián Soler, 3ª reimposición, tipografía editora argentina, Buenos Aires 1956.

<sup>13</sup> Derecho Penal argentino, tomo V, Sebastián Soler, tercera reimposición, Tipografía editora argentina, Buenos Aires 1956.

de este trabajo.

### 1.2.2. Posición de la doctrina italiana

La tradición italiana, tiene un enfoque distinto. No se concibe a la prevaricación como un delito cuyo fin sea proteger la correcta administración de justicia, sino que fundamentalmente como un delito en contra de particulares. Se trata de un abuso de confianza del abogado o mandatario judicial respecto de su cliente.

El particular confía sus intereses y entrega la representación de sus derechos a un profesional especialmente investido, la sociedad lo obliga a ello, por tanto, debe garantizarle su protección penal en el evento de que este profesional traicione su confianza.

Lo que se busca al sancionar este delito, es proteger al particular de la posición de poder, en que se encuentra respecto de él, su abogado patrocinante o apoderado, dada su calidad de letrado.

En este sentido se pronuncian los autores:

Francisco Carrara quien da el siguiente concepto de prevaricación: “incurre en prevaricación cualquiera que, ejerciendo la profesión de patrono (abogado) de una parte, se pone de acuerdo, desde un punto de vista de lucro, con el adversario, en perjuicio del propio cliente”.<sup>14</sup>

Giuseppe Maggiore, escribe sobre la prevaricación: “De origen romano es la *praevaricatio* el prevaricato, (de *prae* y *varicare*, desviarse del camino recto), o sea la traición del deber de la defensa. La pena -que debía ser estimada por el juez en cada caso- castigaba no solo al *praevaricator*, al defensor en un juicio penal que traicionaba a su cliente, sino también al defensor del litigante en juicio civil, que traicionando su causa, ayudaba a la parte contraria.” Más adelante señala: “Infidelidad y simulación de influencia de los apoderados. Bajo este título reunimos tres figuras criminosas que tienen una sola objetividad jurídica, asegurar la fidelidad y la corrección de los defensores y de los consultores técnicos, tanto para con los particulares como para con la administración de justicia. Son los delitos que la doctrina y legislación comprenden bajo el nombre jurídico de prevaricato (de prevaricare, desviarse del camino recto) o abuso del apoderado contra la confianza que en él ha puesto el litigante”<sup>15</sup>

Vicenzo Manzini, por su parte señala: “sujeto activo esencial del delito que estudiamos, debe ser un patrocinador judicial o consultor técnico de parte”. En cuanto al objeto de la tutela penal dice: “es el interés concerniente al normal funcionamiento de la administración de justicia, y concretamente de la actividad judicial, por cuanto conviene garantizar con la sanción penal un mínimo de fidelidad y de corrección en el ejercicio del patrocinio judicial, como actividad íntimamente conexas a la administración de justicia”.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Carrara Francisco, “Programa del curso de Derecho criminal. Buenos Aires 1944-1949. Parte especial, tomo V, párrafo 2594, pág. 135.

<sup>15</sup> Maggiore Giuseppe, Derecho Penal parte especial volumen III, delitos en particular, editorial Temis Bogotá 1955.

### 1.2.3. Estudio comparativo de ambas doctrinas

Las principales diferencias entre ambas doctrinas se dan en relación a los sujetos activos del delito y a los fundamentos de su sanción.

En relación a los sujetos activos, la doctrina italiana no sanciona a jueces y a funcionarios públicos bajo el título de prevaricación, sino que éste es un tipo reservado para abogados y procuradores. En tanto, que en la doctrina española e hispanoamericana, este delito está concebido principalmente en relación con la función pública y jurisdiccional, por lo que se sanciona la infidelidad de los sujetos que cumplen un rol dentro de ella, como es el caso de los jueces entre otros.

En cuanto a abogados y procuradores existe coincidencia entre ambas doctrinas al considerarlos como sujetos activos de prevaricación, sin embargo lo hacen por motivaciones distintas. Incluso las conductas típicas pueden ser similares en uno y otro sistema, pero el enfoque y fundamento de su sanción es diferente. La doctrina hispanoamericana los incorpora como entes partícipes de la función jurisdiccional, mientras que la doctrina italiana lo hace con el fin principal de sancionar la infidelidad del patrocinante o mandatario judicial con su cliente.

### 1.2.4. Nuestro sistema.

Nuestro sistema responde a la tradición hispanoamericana.

El autor nacional Javier Alsina, en su memoria de prueba del año 1936, cita al jurista A. Merkel que dice: "Prevaricación, o sea la dirección o resolución dolosa o con parcialidad de un asunto jurídico por un funcionario o un árbitro"<sup>17</sup>, a continuación da su visión personal sobre este delito, señalándolo como un delito amplio que pueden cometer no sólo los jueces en la administración de justicia, sino cualquier funcionario público en el desempeño de sus funciones. "Y tal es así, que los diversos Códigos han ido en la reglamentación de este delito mucho más lejos todavía, puesto que no sólo lo han contemplado desde el punto de vista de los funcionarios públicos, sino que lo han extendido aún a personas que no desempeñan funciones públicas, como son los abogados mandatarios, procuradores, peritos, etc. Esto nos demuestra la amplitud que se da a esta forma delictuosa. Por tanto estimo que una definición completa debe comprender a todas estas personas."<sup>18</sup>

Para el profesor G. Labatut, prevaricación es faltar dolosa o culpablemente a los deberes de un cargo o profesión, pero este concepto amplio debe ser limitado a los sujetos activos que contempla nuestro Código Penal, principalmente jueces, funcionarios públicos, abogados y procuradores.

---

<sup>16</sup> Tratado de Derecho Penal tomo x, 2ª parte de los delitos en especial, volumen V, Vicenzo Manzini Buenos Aires Argentina 1961.

<sup>17</sup> Derecho Penal, traducción de Pedro Dorado Montero, tomo 2, pág193.

<sup>18</sup> Delito de prevaricación, Memoria de prueba, Javier Alsina Acuña, Universidad de Chile, Santiago 1936.

El profesor Etcheverry constata que el Código Penal no da un concepto de lo que es prevaricación, por lo que él busca una característica común a las distintas formas delictivas que el código sanciona bajo este rubro, en el párrafo cuarto del título V. “A través del examen de dichas conductas, puede apreciarse que todas ellas envuelven un grave quebrantamiento de los deberes propios del cargo que se desempeña.”<sup>19</sup>

Pero no se trata de quebrantamiento de cualquier deber del cargo, existe un antecedente a considerar, que es corriente la relación de este delito con actuaciones de miembros del poder judicial, inclusive nuestra Constitución Política se refiere a ella dentro del capítulo relativo al Poder Judicial, esto es consecuencia de la tradición española que informa nuestro ordenamiento jurídico, y si bien “dentro del Código Penal, el sujeto activo es más amplio, e incluye a ciertos funcionarios del orden político-administrativo y también a abogados y procuradores, pero no se llega a hacer de la prevaricación un delito común a todos los empleados públicos.

En forma directa o indirecta el delito sigue estando vinculado a la administración de justicia. Tomando como base la definición de Antón y Rodríguez, podemos caracterizar la prevaricación como la grave infracción del deber de aplicar la ley, cometidas por las personas especialmente obligadas a ello”.<sup>20</sup>

Nosotros consideramos que el prevaricato es un delito ligado a la administración de justicia, entendida como la aplicación del derecho a un caso concreto, (fundamentalmente esto se producirá en el ámbito de los tribunales de justicia, pero también existen casos en que la aplicación de la ley forma parte de las atribuciones de órganos administrativos), cuando el funcionario encargado -juez o administrativo- no cumpla el deber de su cargo, de someter a la persona al imperio de la ley, sino que por el contrario resuelva dolosa o culpablemente contra derecho, se configurará el delito en cuestión.

En cuanto a abogados y procuradores, quienes forman parte de la administración de justicia, ámbito del delito en comento, existirá prevaricación cuando traicionen la confianza depositada en ellos por la persona que les ha consultado. Las formas de traición comúnmente consideradas en las distintas legislaciones son: la violación de secreto, la representación de ambas partes litigantes a un mismo tiempo o sucesivamente, colusión con la parte contraria, y la formula general: cuando con abuso malicioso de su oficio perjudique a su cliente.

### 1.3.-CONCEPTO DE NUESTRA LEGISLACIÓN POSITIVA

---

Nuestra legislación positiva además de tratar el delito de prevaricación en el Código Penal, hace referencia a él en el Código Orgánico de Tribunales y en la Constitución Política de la República.

Es importante tener en cuenta que ella tiene su base en la tradición jurídica española, específicamente nuestro Código Penal tiene su antecedente en el Código

<sup>19</sup> Derecho Penal, volumen IV, Alfredo Etcheverry, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1998

<sup>20</sup> Derecho Penal, volumen IV, Alfredo Etcheverry, tercera edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago 1998.

Penal español de 1848.

La prevaricación no ha sido definida por el Código Penal, el que como la mayoría de los cuerpos legales, se ha limitado a tipificar las distintas conductas que la constituyen.

Por otra parte, el Código Orgánico de Tribunales se refiere al prevaricato bajo el título “*De la responsabilidad de los jueces*” y en su artículo 324 dice: “El cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza y gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal.

Esta disposición no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de justicia”.

De lo anterior, se concluye que dicho código entiende por prevaricación la grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces.

Por su parte la Constitución Política de la República entrega un concepto muy similar al del Código Orgánico, menciona la prevaricación en el Capítulo VI del Poder Judicial, y en su artículo 76 dice: “Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”

El concepto de la Constitución Política al igual que el del Código Orgánico se encuentra circunscrito a la función judicial, lo que estimamos una influencia de la tradición española. Sin embargo más allá del tema del sujeto activo del delito, estos conceptos se caracterizan por su amplitud, pues son utilizados por ambos textos como un término genérico, comprensivo de toda infracción grave de los deberes del cargo o función.

El concepto jurídico del delito de prevaricación en la forma que aparece en la casuística del Código Penal es más amplio que el Constitucional y que el del Código Orgánico de Tribunales en cuanto al sujeto activo del delito, pero más restringido en cuanto a las infracciones que lo constituyen, pues no se trata de un concepto genérico sino que se limita a los hechos tipificados.

---

## 1.4.-CLASIFICACIONES DOCTRINARIAS DE PREVARICACIÓN

---

“Atendiendo a quienes pueden ser sujeto activo del delito, el Código distingue tres clases de prevaricación: La cometida por funcionarios judiciales, la perpetrada por funcionarios públicos del orden político administrativo y la realizada por abogados y procuradores.”<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Derecho Penal, Gustavo Labatut Glenda, novena edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995.

Alfredo Etcheverry subclasifica la prevaricación judicial según la naturaleza de la conducta en:

Prevaricación propiamente tal

Prevaricación-cohecho

Prevaricación-abuso

Prevaricación-torcida administración de justicia

El profesor Labatut, hace una subclasificación de la prevaricación judicial muy similar a la anterior, basándose en el artículo 223, hace referencia a la heterogeneidad de las materias de que se ocupa este artículo, señalando que el número primero configura el caso más típico y característico de prevaricación; el segundo un delito de cohecho, y el tercero un abuso contra particulares.

Este autor, haciendo una relación entre el número primero de los artículos 223, 224 y 225, entrega una definición muy certera de lo que se entiende por prevaricación propiamente tal: “la prevaricación verdadera o propia consiste en fallar causas civiles y criminales contra ley expresa y vigente, a conciencia de que se está infringiendo la ley, o hacerlo en forma manifiestamente injusta por negligencia o ignorancia inexcusables”.<sup>22</sup>

De lo anterior es posible advertir que el legislador sanciona bajo el título de prevaricación judicial ciertas infracciones de otra naturaleza, lo que nos lleva a planteamos la siguiente pregunta: ¿qué razones motivan que ciertos hechos de naturaleza distinta a la prevaricación sean considerados como tales en el Código Penal?

En la resolución de esta interrogante nos es útil el análisis que hace don Javier Alsina en su memoria de prueba titulada Delito de prevaricación, el autor hace al respecto una división bipartita entre: prevaricación judicial amplia, y prevaricación judicial restringida.

La prevaricación judicial restringida: consiste en la no aplicación o en la aplicación incorrecta del derecho.(Concepto similar al de la prevaricación propiamente tal).

Y la prevaricación judicial amplia: consiste en una grave infracción de los deberes judiciales.

Los deberes judiciales son muchos. En el caso de la prevaricación judicial restringida el deber que se infringe es el de ejercicio de la función propia del juez: la función jurisdiccional. En relación con los demás deberes del juez, estos están contemplados en el Código Orgánico de Tribunales entre los que figuran: la obligación de residencia, de asistencia, de observar buena conducta moral, la prohibición de ejercer la abogacía, el de abstenerse de expresar su juicio en los negocios que deben fallar, la prohibición de comprar a cualquier título o comprar para sí mujer e hijos, las cosas o derechos que se litiguen en los juicios que él conozca, etcétera. Todos estos deberes no tienen el mismo carácter ni todos la misma sanción, la infracción de algunos de ellos se castigará con medidas disciplinarias, otros con sanciones civiles y otros con sanciones de carácter

---

<sup>22</sup> Derecho Penal, Gustavo Labatut Glenda, página 73, novena edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995.

penal.

¿Cuáles de estos deberes infringidos importan una prevaricación?

Solamente aquellos que son considerados como graves, gravedad que es determinada por la propia ley penal. “Hay hechos que nada tienen que ver con la administración de justicia, y sin embargo son considerados como prevaricación porque el Código Penal así los califica. Por ejemplo la desobediencia, la seducción o sollicitación de mujer procesada o que litigue ante ellos; no son hechos que directamente tiendan a la aplicación del derecho; pero, sin embargo, el legislador los considera como prevaricación, porque si bien no dicen relación directa con la aplicación del derecho y la administración de justicia, conducen a que estas funciones se verifiquen incorrectamente”<sup>23</sup>

Coincidimos con el señor Alsina en que para calificar como prevaricación, la infracción del deber debe ser grave, puesto que se trata de responsabilidad penal (ultima ratio). Sin embargo no coincidimos con su apreciación: de que estas conductas aunque no digan relación directa con la aplicación del derecho y la administración de justicia, conducen a que estas funciones se verifiquen incorrectamente.

Estimamos que ellas no necesariamente conducirán a la incorrección de la función jurisdiccional, es más, sólo será suficiente que se den los supuestos previstos en el tipo penal (además de la culpabilidad y antijuridicidad) para que se produzca el delito. Por ejemplo un juez que admita dádiva o convenga en admitir dádiva, prevarica por este sólo hecho, no se requiere que en razón de ello ejerza de manera incorrecta la función jurisdiccional, puede dictar una sentencia completamente acorde a derecho y de todas formas se configurará el tipo. Se trata de delitos de peligro, que pueden llevar a una lesión del bien jurídico que se busca proteger y que dada la importancia de este, se sancionan a título de prevaricación. De esta forma, se incrementa su responsabilidad frente a conductas que de ser realizadas por otro funcionario público tendrían una sanción distinta, operando en estos casos el principio de especialidad, por ejemplo: respecto de artículos como el 249 y 258 del Código Penal.

## 2.-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El análisis del bien jurídico protegido en los tipos objeto de estudio, es usual en las investigaciones de parte especial del Derecho penal.

“La utilización de tal perspectiva conlleva el otorgamiento de un valor interpretativo y crítico al concepto de bien jurídico que despliega su eficacia fundamentalmente en el contenido concreto de los tipos penales y obliga a unas precisiones de entre las que destaca la relativa al concepto de bien jurídico de que se parte.”<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Delito de Prevaricación, Alsina Acuña Javier, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, página 41. Santiago 1936. Los vocablos “mujer procesada”, fueron reemplazados por “persona imputada”, por el artículo 1 de la Ley 19.806 del 31 de mayo de 2002.

<sup>24</sup> La prevaricación judicial, García Arán, Mercedes, Editorial Tecnos, Barcelona 1990.

Respecto al concepto: “Hoy parece claro que los bienes jurídicos no son abstracciones de la ley sino realidades sociales previas a la misma que esta acota y sintetiza al dotarlas de protección penal. Por ello creo que debe evitarse el círculo vicioso que supone buscar el bien jurídico a partir de la norma y a continuación utilizar ese mismo concepto para interpretarla; el doble plano en que opera el concepto se manifiesta, por un lado, en la realidad social que se pretende proteger a través de la norma, y, por otro, en el modo en que la norma recoge para protegerlo aquello que la realidad expresa como necesitado de protección.”<sup>25</sup>

De acuerdo con lo señalado por la profesora Sra. García Arán, y partiendo de la base de que la ley penal puede no expresar correctamente los intereses que demanda la realidad, se está en el camino de que el concepto de bien jurídico ejerza su doble función: 1º de crítica frente al posible alejamiento de las normas penales respecto a los valores sociales, y 2º de instrumento interpretativo de la propia norma en la medida que permite acotar las conductas punibles a partir de su real afectación al bien jurídico protegido.

### **2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO DE LOS CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL DESEMPEÑO DE SUS CARGOS.**

---

Los autores coinciden en cuanto a la dificultad para determinar el bien jurídico protegido en este título. La razón de ello sería la indefinición de su enunciado, que no hace referencia al bien jurídico que se protege. A diferencia de otros delitos, que nuestro Código Penal ha agrupado bajo un título indicativo del bien jurídico que se busca proteger, como por ejemplo: título IX Crímenes y simples delitos contra la propiedad, cuyo bien jurídico protegido es el derecho de propiedad.

En opinión de algunos autores existiría una ausencia de criterio sistemático en la agrupación de las conductas que en él se recogen, para Rodríguez Devesa “se trata de un título residual en que han quedado tipos sin otra colocación posible en el Código”.<sup>26</sup> Opinión minoritaria con la que no concordamos.

Sobre el criterio de sistematización utilizado en este título el profesor Etcheverry parte diciendo: “el legislador parece haber agrupado aquí las infracciones atendiendo al sujeto activo (“los empleados públicos”), y no al bien jurídico tutelado.”<sup>27</sup>

“Sin embargo resulta claro que el legislador debe haber tenido en consideración algún bien jurídico particular dentro del título V, ya que encontramos en varios otros títulos del código diversas infracciones que también son cometidas por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, y que no se reglamentan en este título. En tal sentido, el epígrafe del mismo no resulta exacto y peca por defecto.”<sup>28</sup>

<sup>25</sup> La prevaricación judicial, García Arán, Mercedes, Editorial Tecnos, Barcelona 1990.

<sup>26</sup> Derecho Penal. Parte especial, Rodríguez Devesa, Madrid 1977.

<sup>27</sup> Derecho Penal, Parte especial, volumen IV, Alfredo Etcheverry, 3ª edición Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998.

En relación a los delitos de funcionarios públicos cometidos en el ejercicio de su cargo, penados fuera del título en comento, se trata de delitos en los que no es indispensable la calidad de funcionario público, en tanto que los contemplados en el título V, son delitos de sujeto activo calificado. En este mismo sentido se pronuncia Eugenio Cuello Calón, al comentar sobre el título VII del Código Penal español, que es equivalente a nuestro título V: "...a poco que se observe se verá que la cualidad de funcionario público no es indispensable para la comisión de la mayor parte de estos delitos, así, por ejemplo la falsedad de documento público lo mismo puede ser cometida por uno de estos funcionarios que por un particular. Por el contrario, en las informaciones comprendidas bajo el epígrafe anterior, en el título VII del libro segundo del Código, que vamos a estudiar, el sujeto del delito ha de ser forzosamente un funcionario público, pues no se concibe su comisión por persona que no posea dicha cualidad; así no puede haber delito de prevaricación consistente en dictar sentencia injusta sin juez que la dicte."<sup>29</sup>

Sin embargo sostienen algunos autores que este epígrafe no es absoluto, entre ellos Federico Puig Peña y Salvador Viada, pues no en todos los casos contemplados en él, se responde a la exigencia de que el sujeto activo del delito sea funcionario público, por ejemplo en el caso de peritos, de abogados y procuradores.

Estas razones nos permiten concluir que el legislador ha empleado un criterio de agrupación distinto a la sola coincidencia del sujeto activo.

Dado lo anterior se ha hablado de "delitos de cargo", pues lo que se sancionaría sería la infracción de un deber especial de lealtad que tiene el sujeto activo en razón de su cargo, causando con ello un perjuicio a la administración.

Edmund Mezger analiza este mismo tema -bien jurídico tutelado- respecto del título "Crímenes y simples delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas", del Código Penal Alemán del año 1871. El autor considera las disposiciones de este título como "ataques contra el orden estatal desde adentro", estos ataques serían por personas a las que les incumben deberes especiales: funcionarios públicos, y en aquellos casos de hechos punibles cometidos por personas que no son funcionarios públicos, se tratará de personas que son portadoras de determinados secretos que imponen deberes especiales. (abogados y demás asistentes jurídicos). Mezger sostiene que: "El bien jurídico protegido es, en general, el ordenamiento estatal, pero en su dirección hacia dentro, dicho más exactamente, el bien jurídico protegido es la corrección del desempeño del cargo en el amplio sentido de la palabra". ... "sigue siendo el interés objetivo en impedir los hechos que exponen a peligro o lesionan ese desempeño del cargo en sentido amplio". "V.Liszt-Schmidt estiman, no sin acierto, que lo que caracteriza los hechos punibles incluidos en este capítulo es la circunstancia de que amenazan en última instancia la marcha de la administración del Estado"<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Derecho Penal, Parte especial, volumen IV, Alfredo Etcheverry, 3ª edición Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998.

<sup>29</sup> Derecho Penal, Cuello Calón Eugenio, Barcelona 1980.

<sup>30</sup> Derecho Penal, Parte especial, libro de estudio, Edmund Mezger, página 401, traducción de la 4ª edición alemana, editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires 1959.

“Ferrer Sama entiende que la característica infracción del deber repercute, en último término en la lesión de la administración pública, que es el auténtico bien jurídico protegido.”<sup>31</sup>

La visión hasta ahora entregada hace hincapié en la infracción de un deber, entendido éste, como un acto lesivo de la administración del Estado. Es decir, bajo la concepción de delito de cargo, se busca proteger al Estado de las infracciones de sus funcionarios, que no responden a su deber de lealtad y corrección.

Con rechazo expreso de la concepción de infracción de un deber, cabe citar a autores como Bustos, Orts y Octavio de Toledo. Así para Bustos el bien jurídico “es la función administrativa pública y su correcto ejercicio”<sup>32</sup>, mientras que para Orts “es posible afirmar que el bien jurídico protegido en estos delitos se halla representado por el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad y no a la violación del deber del cargo”<sup>33</sup>.

“Este camino que conduce a situar en la función pública el objeto de protección, me parece el adecuado y ha sido acogido por Bustos Ramírez quien destaca la naturaleza funcional del bien jurídico, descartando que lo protegido sean los órganos administrativos.”<sup>34</sup>

Al situar a la función pública como bien jurídico protegido se da un enfoque más democrático a los delitos de este título, pues ya no se concibe a la norma para proteger al Estado de las infracciones de sus subordinados, sino que como una garantía para los ciudadanos, frente a aquellos funcionarios que incumplen su deber de corrección en el ejercicio de la función pública.

Entendiendo como bien jurídico protegido la función pública, se explica la inclusión de abogados y procuradores dentro de este título, pues como dice la profesora García Arán: “Asimismo, el abogado y el procurador pueden afectar con su intervención en el proceso al correcto desempeño de la función jurisdiccional.”

## 2.2.-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA PREVARICACIÓN.

---

Hasta ahora hemos tomado referencias del bien jurídico protegido en un sentido amplio, esto es, en relación a todo el título V del libro II del Código Penal, “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, el cual es descrito como: la recta administración del Estado entendiendo por tal, tanto la actividad administrativa, como la legislativa y la judicial. Dado que nuestro objeto de

<sup>31</sup> Comentarios al código Penal, tomo IV, A. Ferrer Sama, Madrid 1956.

<sup>32</sup> Manual de Derecho Penal, parte especial, J. Bustos Ramírez, Barcelona 1986.

<sup>33</sup> Derecho Penal Parte Especial. Volumen I, Orts, en Cobo, Vives, Boix, Orts, Carbonell, Valencia 1987.

<sup>34</sup> La prevaricación judicial, García Arán, Mercedes, Editorial Tecnos, Barcelona 1990., que a su vez cita Bustos, Manual de Derecho Penal, cit. Pag. 436.

estudio es el delito de prevaricación, el bien jurídico tutelado se circunscribe al correcto ejercicio de la función jurisdiccional, que se manifiesta en la rectitud de la administración de justicia.

“Nada hay que pueda importar tanto al Estado como la recta administración de justicia.”<sup>35</sup>

“Esta trascendencia de la recta administración de justicia, esta exaltación de la integridad de un juez y este horror a su corrupción, no son predicados ni deseos, que han traído en su labor civilizadora los tiempos y los progresos de la humanidad.”<sup>36</sup>

De los comentarios de A. Groizard, al Código Penal español de 1870 antes citados, se desprende una concepción de bien jurídico protegido en el delito de prevaricación –judicial-. El autor señala como interés del Estado la recta administración de justicia, que vendría siendo el bien jurídico que se busca proteger al sancionar la prevaricación.

Este enfoque del bien jurídico, se sitúa en la relación Estado-funcionario, “Entre el Estado y los funcionarios públicos hay una relación de derecho análoga, aunque mucho más calificada y trascendental, a la que existe entre el mandante y el mandatario. El juez que prevarica, la autoridad administrativa que en tal falta incurre, quebranta el mandato aceptado, abusan de sus atribuciones, hacen traición al depósito de autoridad, de confianza y de fe que los poderes públicos les han confiado.”<sup>37</sup> Este concepto responde a una consideración de delito de cargo, el objeto de sanción es la infracción de un deber que tiene el juez para con el Estado, que le ha otorgado su investidura y las garantías (inamovilidad) para ejercer el cargo correctamente.

Octavio González Roura señala: “La objetividad jurídica que se consulta entonces para la calificación de este delito, que es la ya expresada de la ofensa y perjuicio a los intereses públicos de la administración, hace que además del prevaricato del juez, se considere el de los árbitros y amigables componedores, así como el de la duplicidad de los abogados, procuradores, asesores y fiscales. Porque de igual manera contribuyen a desviar y entorpecer la administración de justicia.”<sup>38</sup> Nuevamente surge el concepto de administración de justicia, cuyo entorpecimiento y desvío sanciona la prevaricación, de lo que se concluye, que el bien jurídico que se tutela es la rectitud de la administración.

Por otra parte, Vincenzo Manzini señala que el objeto de tutela penal en el delito de prevaricación “es el interés concerniente al normal funcionamiento de la administración de justicia, y concretamente de la actividad judicial.”<sup>39</sup> El delito busca proteger a la

---

<sup>35</sup> Código Penal de 1870, concordado y comentado tomo IV, Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, 2ª edición Madrid 1912.

<sup>36</sup> Código Penal de 1870, concordado y comentado tomo IV, Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, 2ª edición Madrid 1912.

<sup>37</sup> Código Penal de 1870, concordado y comentado tomo IV, Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, 2ª edición Madrid 1912.

<sup>38</sup> Derecho Penal parte especial tomo III, Octavio Gonzáles Roura, Buenos Aires 1925.

<sup>39</sup> Tratado de Derecho Penal, Vincenzo Manzini, página 318, tomo 10, 2ª parte, de los delitos en especial, volumen V, Buenos Aires 1961.

administración de justicia y a la función o actividad que esta realiza. La posición de este autor es similar a la de los anteriores, en cuanto señala como objeto de protección a la administración de justicia, sin embargo hace un aporte, el concepto de “actividad judicial”.

Finalmente recogemos la postura de Sebastián Soler, quien se refiere específicamente al bien jurídico tutelado por el prevaricato: “...dentro del concepto genérico de delitos contra la administración pública, los de la presente clase se especifican como delitos contra la administración de justicia, y que mediante ellos se tutela la rectitud, la legalidad y a honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia, sean estos cumplidos por los órganos específicamente habilitados para pronunciarla, sea por los auxiliares de ella que contribuyen a la formación de los actos procesales en que la actividad decisoria se apoya.”<sup>40</sup>

Nosotros adherimos al concepto de bien jurídico protegido que entrega Soler, pues al igual que él, estimamos que la prevaricación es un delito contra la administración de justicia, (la que interesa tanto al Estado como a los ciudadanos), y que integra a aquellos sujetos que sin ser funcionarios públicos participan de la actividad decisoria.

### 3.- CARACTERÍSTICAS DEL DELITO

Delito Propio o de posición: Es aquel en que la calidad de empleado público es inseparable, pues sin ella la conducta no puede existir o deja de ser delictiva. La prevaricación por lo general será un delito de posición, ya que no puede sino ser realizada por un empleado público, suprimida tal calidad, la conducta ya no puede concebirse, por ejemplo: un particular nunca podrá dictar algo que jurídicamente sea una sentencia.

Es un delito de sujeto activo calificado: Sólo puede ser cometido por aquellos sujetos específicamente establecidos en la ley.

Es un delito de mera actividad: Que se consuma al tiempo de dictar la sentencia o resolución injusta, o al realizar cualquiera de las demás conductas prohibidas. Al ser un delito de mera actividad no es posible la tentativa, ya que el delito se ejecuta en el ejercicio de un sólo acto, quedando consumado.

Esta clasificación admite una excepción: en el caso de la prevaricación de abogados y procuradores, específicamente en la conducta de revelación de secretos del cliente. Si el secreto es revelado verbalmente será un delito de mera actividad que se desarrolle en un sólo acto, pero si el secreto es revelado por otro medio, como por ejemplo si el abogado proporciona a terceros documentos confidenciales del cliente, será posible la tentativa y la frustración del mismo.

Según la naturaleza del vínculo jurídico que da origen al deber que se traiciona, existe: Prevaricación Pública, es la cometida por funcionarios públicos, o personas unidas

---

<sup>40</sup> Derecho Penal argentino, Tomo V, página 230, Sebastián Soler, 3ª reimpresión Tipografía editora Argentina, Buenos Aires 1956.

con el Estado por un vínculo público, ejemplo: la cometida por un juez. Y prevaricación privada: que es la cometida por personas que no son funcionarios públicos.

Por lo que respecta a la forma en que puede cometerse, la prevaricación puede ser activa o pasiva. Es activa, por comisión o acción, si consiste en la ejecución de un acto; es pasiva o por omisión, si consiste en la no ejecución de un hecho debido. La ley admite hipótesis en uno y otro sentido, como ejemplo de hipótesis omisivas podemos señalar el caso del N° 4 del artículo 225 del Código Penal: los miembros de los tribunales de justicia “cuando por negligencia o ignorancia inexcusables:

4° “Omitieren decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada pudiendo hacerlo.”

En cuanto a la intención con que procede el delincuente al cometerla, puede ser dolosa o culposa. Es de la primera especie cuando el delincuente actúa deliberadamente y con intención perversa; y es de la segunda, cuando el delincuente actúa sin esta deliberación y perversa intención, pero con negligencia o imprudencia. El delito en estudio posee conductas típicas dolosas y culposas, ejemplos de conductas culposas encontramos en el artículo 225 del Código Penal, y de conductas dolosas en el artículo 226 del mismo código.

## 4.-SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO DE PREVARICACIÓN

Atendiendo al sujeto activo del delito, existen tres clases de prevaricación:

Prevaricación de los funcionarios judiciales: Los artículos 223 a 227 del Código Penal se refieren a ella, los sujetos activos que contemplan son los siguientes:

a.1.- Miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales. comprende tanto tribunales ordinarios como especiales (jueces del trabajo, de menores, militares, de aduanas, etc), letrados y legos. “La ley penal, al castigar la prevaricación se limita a hacer efectiva la responsabilidad que, por su conducta ministerial afecta a los jueces, de acuerdo con el artículo 76 de la Constitución Política de la República y con el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales; pero para entablar la correspondiente acción es preciso un antejuicio: la querrela de capítulos.”<sup>41</sup>

a.2.- Los Fiscales judiciales, que de conformidad con el artículo 350 Código Orgánico de Tribunales, modificado por la ley N° 19.665 del año 2000, dictada con ocasión de la reforma procesal penal. Ellos son, el Fiscal de la Corte Suprema y los fiscales de Cortes de Apelaciones. Antiguamente el Código Penal decía “los funcionarios que desempeñan el ministerio público”, fue necesaria su modificación para evitar que con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal que da lugar a la creación del Ministerio Público se

---

<sup>41</sup> Derecho Penal, Gustavo Labatut Glenda, página 72, novena edición actualizada por Julio Centeno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995.

produjese una confusión entre los funcionarios de dicho organismo y quienes desempeñan el cargo de fiscales judiciales.

a.3.-Las personas que se encuentran desempeñando por el ministerio de la ley los cargos de miembros de los tribunales de justicia unipersonales y colegiados (artículo 227 N°1 Código Penal), la redacción parece reiterar lo ya dicho pero se refiere a quienes sin ser miembros titulares o permanentes de dichos tribunales son llamados por ley a servirlos, en calidad de subrogantes, de suplentes, de interinos o de integrantes.

a.4.- 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 casos similares a los de los funcionarios ya mencionados. Los compromisarios son jueces árbitros y se incluye tanto a árbitros de derecho como a arbitradores. “En cuanto a la referencia a los peritos y otras personas, al parecer el propósito de la Comisión Redactora (acta de la sesión 36) fue sancionar como prevaricación las infracciones que cometen los peritos y otras personas que con sus fallos o dictámenes pueden influir en una torcida administración de justicia. Sin embargo, como las formas de comisión del delito son siempre las mismas que en el caso de los jueces, debe llegarse a la conclusión de que los peritos sólo pueden cometer algunas de las formas de prevaricación, y que, por otra parte muchas de las graves infracciones a sus deberes no resultan punibles a este título”<sup>42</sup>

### Prevaricación político administrativa:

b.1.- El artículo 227 N°2 contempla a funcionarios administrativos, se refiere a los “subdelegados e inspectores que incurrieren en iguales infracciones”, dichas infracciones son las conductas de prevaricación judicial contempladas en los artículos precedentes. Esta norma no tiene aplicación práctica, pues los subdelegados e inspectores no tienen en la actualidad facultades judiciales. Este número fue establecido con anterioridad a la dictación del Código Orgánico de Tribunales, en que estos funcionarios del orden político administrativo desempeñaban funciones de jueces inferiores.

b.2.- El artículo 228 se refiere a funcionarios públicos que en el desempeño de un empleo público no perteneciente al orden judicial, dictare providencia o resolución manifiestamente injusta. Hay que distinguir entre negocio contencioso-administrativo y meramente administrativo. El primero es aquel en que existe una controversia y donde hay, jurisdiccionalmente facultades por parte del funcionario para resolver, por ejemplo: el Director Regional de Impuestos internos está facultado para resolver las contiendas que se produzcan entre el Fisco y el contribuyente en materia de impuestos. En tanto que, es meramente administrativo cuando el empleado público no tiene facultades jurisdiccionales y por consiguiente no existe la posibilidad que ante ese órgano se desarrolle una relación contenciosa entre partes; es la simple solicitud que se puede pedir a un funcionario, por ejemplo: de aduana para la devolución de mercadería respecto de la cual el sujeto es dueño.

“Sesión 171: Para que la disposición de este artículo comprenda no sólo a los empleados permanentes sino también a los que de un modo accidental desempeñen

---

<sup>42</sup> Derecho Penal, Parte especial, volumen IV, Alfredo Etcheverry, 3ª edición Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998.

cargos públicos, se varió su primera frase diciéndose: el que **desempeñando** un empleo público no perteneciente al orden judicial, etc.”<sup>43</sup>

Prevaricación de abogados y procuradores: El artículo 231 del Código Penal contempla conductas que son constitutivas de prevaricación cuyo sujeto activo puede ser el abogado o procurador, indistintamente. En tanto el artículo 232 contempla conductas sólo posibles de ser cometidas por abogado, con un requisito adicional al del artículo precedente, el abogado debe tener la defensa actual de un pleito, esto es, debe haberle sido conferido mandato de conformidad con algunas de las formas que establece el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil. Para que pueda configurarse la conducta típica del artículo 231 del Código Penal no es necesario que al abogado o procurador se le haya conferido mandato judicial de acuerdo con el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, basta el sólo hecho que haya tomado conocimiento del caso y de los secretos de la parte.

A continuación haremos un breve estudio de ambos sujetos:

1° Los Abogados: “En general puede decirse que abogados son aquellas personas que han cumplido con los requisitos prescritos por la ley y han sido investidas por la autoridad competente con este carácter, siendo especialistas en materias legales, sobre las que informan a los terceros que solicitan sus servicios, redactan contratos o actos jurídicos que se les solicitan y patrocinan y representan a las partes en las gestiones contenciosas o voluntarias que se promueven ante los tribunales de justicia o autoridades administrativas.”<sup>44</sup> Nos parece completa esta definición y útil para el estudio de las conductas constitutivas de prevaricación en que el abogado es sujeto activo. Nuestra legislación da una definición más restringida, que no es aplicable a todos los casos de prevaricación de abogados sancionados en el Código Penal.

A continuación reproducimos la definición de abogado que entrega nuestra legislación en el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales: “Abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes litigantes” Artículo 521: “El título de abogado será otorgado en audiencia pública por la Corte suprema reunida en tribunal pleno, previa comprobación y declaración de que el candidato reúne los requisitos establecidos por los artículos 523 y 526”.

2° Los Procuradores: Según Leonidas Montes, “ la ley penal entiende por procurador a cualquier mandatario judicial, aun cuando no haga de este trabajo su oficio habitual o incluso carezca de preparación jurídica”<sup>45</sup>

Concluye lo anterior, por diversas razones: en primer lugar, las normas de

---

<sup>43</sup> Código Penal, concordancias, antecedentes históricos, doctrina y jurisprudencia. Mario Verdugo Marincovich. Segunda edición Editorial jurídica Conosur, Santiago Chile 1986.

<sup>44</sup> De la prevaricación de abogados y procuradores, Leonidas Montes Olavarrieta, editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963.

<sup>45</sup> De la prevaricación de abogados y procuradores. Leonidas Montes Olavarrieta, página 22, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963.

interpretación de la ley, el Código Civil en su artículo 20 señala que: “ Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras;” La palabra procurador es de origen latino (procurator) y deriva de procurar (procurare) Procurar está compuesta de pro: por, y curare: cuidar; por lo tanto el significado será cuidar por otro, etimológicamente no pasa de significar un mero mandato común y corriente.

El diccionario de la Real Academia entrega las siguientes definiciones:” Persona que en virtud de poder o facultad de otra ejecuta en su nombre algo”: “derecho, Es el que con la necesaria habilitación legal, ejerce ante los tribunales la representación de cada interesado en un juicio.”

Existe un antecedente histórico, en el derecho romano había una institución llamada “procuratio in rem”, cuyo significado es “el que procura en nombre de otro”. Como también antecedentes en nuestra legislación positiva, el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil que habla del mandato judicial “El poder para litigar se entenderá conferido para todo el juicio en que se presente, y aún cuando no exprese las facultades que se conceden, autorizará al procurador para tomar parte, del mismo modo que podría hacerlo el poderdante”; en el artículo 10 del mismo código se expresa: “todo procurador legalmente constituido conservará su carácter de tal mientras en el proceso no haya testimonio de la expiración de su mandato”.

Dados los argumentos anteriores estimamos que la prevaricación alcanza a cualquier mandatario judicial. El artículo 4º del Código de Procedimiento Civil establece que toda persona que deba comparecer en juicio debe hacerlo en la forma que determina la ley. En razón de ello nos remitimos a la Ley N° 18.120, Ley de normas sobre comparecencia en juicio, que en asunto contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá hacerlo representado por abogado habilitado para el ejercicio profesional; procurador del número; por estudiante inscrito en tercero, cuarto o quinto año de las escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y sociales de algunas de las universidades autorizadas; por egresado de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes; o por egresados de las escuelas de derecho, cualquiera sea el tiempo transcurrido después de haber rendido los exámenes, cuando hayan sido designados por la Corporación de asistencia judicial para el sólo efecto de realizar la práctica necesaria para obtener el título de abogado.

## 5.- ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PENAL.

Como hemos ya mencionado el delito de prevaricación se encuentra contemplado dentro del Título V del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”.

Antes de pasar al análisis específico de la normativa sobre prevaricación, es necesario dilucidar dos problemas comunes a las infracciones de este título: 1º el

concepto de empleado público, y 2º la situación de extraños que toman parte junto a ellos en estas infracciones.

1º Concepto de empleado Público: El artículo 260 del Código Pena suministra una definición para todos los delitos de este título y también para los del párrafo IV del título III, cuyo texto señala: "...,"se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular."

Este artículo ha sido progresivamente reformado, llegando a ser recargado y redundante. Su redacción primitiva decía: "todo el que desempeñe un cargo público aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado. La ley 13.211 añadió los términos "semifiscal, de administración autónoma y municipal", posteriormente la ley 15.078 dio al precepto su redacción actual. En opinión de Etcheverry el concepto original era lo suficientemente amplio como para incluir a todas las categorías de personas que ahora son mencionadas expresamente, pues la locución "cargo público" se refería a cualquier clase de vinculación con las funciones de la administración pública, con las responsabilidades y deberes que ellas suponen. Las reformas fueron desafortunadas porque contrapusieron la expresión "público" con las de semifiscal", "municipal", etc., atribuyéndole a ella su sentido administrativo que es más preciso y dentro del cual los "semifiscales", "municipales", etc. no son empleados públicos sino que estarían siendo asimilados a ellos. "Afortunadamente", como dice Etcheverry, la última reforma del artículo 260 ha introducido expresamente la noción de "función pública", que mantiene el concepto funcional del "empleado público"; para el Derecho Penal la función crea al empleado, siendo por tanto sinónimas las expresiones empleado y funcionario público; distinto es en el Derecho Administrativo, donde ambos conceptos se diferencian; para esta rama del derecho, el funcionario público está investido de cierta autoridad o autonomía de determinación, en tanto que el empleado público sólo realiza tareas de ejecución.

La calidad de empleado público, para los efectos penales, está siempre dada por la función pública que una persona desempeña. "La advertencia legal en el sentido de que no son necesarios ni el nombramiento del Jefe del Estado, ni la remuneración, y que incluso los funcionarios de elección popular están incluidos en el concepto es particularmente importante, porque resuelve de modo tajante un punto que es controvertido en otras legislaciones."<sup>46</sup>

2º Situación de los extraños copartícipes: Este es uno de los problemas que ha dado origen a muchas discusiones, estas se refieren a la participación de personas que no son funcionarios públicos que obran en el desempeño de sus cargos. Este tercero conocido en doctrina como "extraneus" puede ser un particular, o bien un empleado público pero que no obra en el ejercicio de sus funciones.

---

<sup>46</sup> Derecho Penal, parte especial, volumen IV, Alfredo Etcheverry, páginas 204 y 205, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998. Para Frank y Binding es esencial el nombramiento o vínculo contractual de derecho público, en tanto que para Mezger y Schonke la noción fundamental es la de "función pública" y no la de nombramiento.

Esta situación plantea las siguientes interrogantes: ¿Cómo debe calificarse la conducta del tercero que es coautor, cómplice o encubridor de un empleado público que obra abusando de su oficio? ¿Es posible la comunicabilidad de la calidad de empleado público, extendiéndose la calificación del delito al extraño copartícipe?.

Nuestros tribunales hacia el año 1950 eran proclives a la comunicabilidad entendiendo que el título de incriminación debía ser común para todos los partícipes del hecho, cualquiera fuera su calidad personal. Con el paso de los años esta tesis fue quedando a un lado en materia de parricidio y en todos aquellos delitos en que incidía un vínculo de parentesco, no así en materia de delitos funcionarios. Este es un problema muy debatido porque no todos los delitos funcionarios tienen delitos residuales que permitan castigar al partícipe por un delito de sujeto común, problema que no se presenta por ejemplo en el caso de parricidio: en que el inductor del hecho puede ser castigado a título de homicidio.

Respecto a la incomunicabilidad existen dos posturas: la de quienes son partidarios de la incomunicabilidad absoluta, y la de aquellos partidarios de la incomunicabilidad relativa. La diferencia entre adherir a una u otra radica tal como lo mencionábamos, en que no todos los delitos funcionarios tienen delitos residuales que permitan castigar al partícipe por un delito común, por lo que al ser partidarios de la incomunicabilidad absoluta dejaríamos impune por ejemplo: la situación del inductor de un juez que dicta una sentencia manifiestamente contra derecho.

Los partidarios de la incomunicabilidad absoluta se basan en el texto del artículo 64 del Código Penal, que establece que las circunstancias atenuantes y agravantes relativas a alguna situación personal del ofendido servirán para atenuar o agravar la responsabilidad sólo de aquellas personas en quienes concurran, a esta tesis adhiere el profesor Luis Ortiz Quiroga.

Los partidarios de la incomunicabilidad relativa, hacen primeramente una distinción entre delitos de posición o propios y delitos impropios. Son delitos de posición aquellos delitos en que la calidad de empleado público es inseparable, pues sin ella la conducta no puede existir o deja de ser delictiva. “En esta clase de delitos no es posible concebir la concurrencia de un extraneus como coautor material del delito, y sólo puede pensarse en él como inductor, cooperador (coautor o cómplice) o encubridor”<sup>47</sup>. En tal hipótesis no es posible aplicar la regla del artículo 64 del Código Penal, puesto que la calidad de empleado público no es una circunstancia agravante incorporada al tipo, sino que es parte esencial de él y como consecuencia de ello los extraños instigadores, cooperadores o encubridores lo serán del delito funcionario.

Mientras que, en los delitos que no son de posición, el carácter de empleado público no es lo que determina el carácter delictivo del hecho, sino que operará solamente como una circunstancia agravante, por lo que en este caso sí sería aplicable la regla del artículo 64, en el sentido de la calidad personal es incomunicable, por tanto el extraneus no podrá ser considerado como copartícipe del mismo delito, sino de los mismos hechos, que con respecto a él deberán ser calificados con prescindencia de la circunstancia agravante de

---

<sup>47</sup> Derecho Penal, Parte especial volumen IV, Alfredo Etcheverry, página 208, 3ª Edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago 1998.

la calidad funcionaria, que no le será comunicable por ser personal.

Etcheverry plantea que una situación especial se produce respecto de los delitos funcionarios en general, cuando la inducción del extraneus consista en un ofrecimiento o promesa de dádiva, puesto que esta situación ha sido especialmente prevista por el legislador al tipificar el delito de cohecho.

Edmund Mezger,<sup>48</sup> igual que Etcheverry, acepta la incomunicabilidad relativa, dando al tema un tratamiento muy similar.

## 5.1.-ANÁLISIS DEL ARTICULADO DEL CÓDIGO PENAL

---

La prevaricación es tratada desde el artículo 223 al 232 del Código Penal. Entre los artículos 223 a 227 se sanciona la prevaricación de los funcionarios judiciales, entre los artículos 228 a 230 la prevaricación político-administrativa, y en los artículos 231 y 232 la prevaricación de abogados y procuradores.

Respecto a la prevaricación judicial la doctrina agrupa el articulado del Código, en atención a la naturaleza jurídica de la conducta sancionada en los respectivos artículos, de la siguiente forma:

Prevaricación judicial propiamente tal: está contemplada en los números 1º de los artículos 223,224, 225 y 227.

Prevaricación cohecho: Artículo 223 Nº 2.

Prevaricación abuso: Artículo 223 Nº 3.

Prevaricación desobediencia: Artículo 226.

Prevaricación Torcida administración de justicia: numerandos restantes de los artículo 224 y 225 y artículo 227.

**Artículo 223:** En su inciso primero, hace mención a los sujetos activos, (tribunales de justicia, colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales), y señala como pena la inhabilitación perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

**El número 1º** tal como dice el profesor Labatut es la forma básica de la prevaricación, sanciona a los mencionados sujetos activos cuando, “a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil”. El verbo rector es “fallar”, que significa dictar sentencia.

Las sentencias según el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil pueden ser

---

<sup>48</sup> Derecho Penal, Parte especial libro de estudio, Edmund Mezger, página 402, traducción de la 4ª edición alemana de 1954, Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires 1959. El autor primeramente distingue entre: hechos punibles impropios, que son los cometidos en el ejercicio de funciones públicas, que también pueden cometer no cualificados, en ellos la calidad de empleado público es una causa de agravación de la pena. Y hechos punibles propios, que sólo pueden cometer empleados públicos, cuya calidad es fundamentadora de la pena. Esta distinción es útil porque en los delitos impropios la agravación alcanza exclusivamente al empleado público, el tercero deberá ser juzgado con arreglo a una disposición penal que esté fuera de este título. En cambio en los delitos propios podrá ser autor sólo el cualificado, y el tercero sólo podrá ser instigador o cómplice.

definitivas o interlocutorias, respecto de la referencia a sentencias definitivas no cabe duda, en cuanto a sentencias interlocutorias sólo comprende las que resuelven derechos permanentes en favor de las partes. El fallo debe ser contra ley expresa y vigente, en opinión de Labatut, expresa es aquella que resuelve determinadamente el caso de que se trata, y vigente la que a la fecha de su dictación, no ha sido derogada por otra expresa ni tácitamente. Etcheverry considera no ofrece dudas la expresión “ley vigente” mientras que si lo hace la expresión “ley expresa” puesto que no hay leyes tácitas, aclara que lo que se quiere decir con ella es que la sentencia debe infringir lo que técnicamente se denomina una ley y no otra fuente de derecho, como la costumbre, el espíritu de la legislación y la equidad natural.

En cuanto a la ley extranjera en virtud de los principios de derecho internacional privado, constituye propia y verdadera ley respecto del fondo del caso, aunque procesalmente sea necesario acreditarla como si fuere una cuestión de hecho.

La expresión “a sabiendas” significa que el juez debe haber actuado con dolo directo, siendo necesario comprobar que el juez ha obrado con voluntad conciente y reflexiva de delinquir, no se trata sólo de incorrección jurídica sino que también moral. Esta exigencia es interesante pues admite en forma expresa el poder excusante del error de derecho, precisamente a quienes están más obligados a conocer la ley, por tanto en este caso para poder sancionar la prevaricación es preciso que conste el dolo directo sin que valga la presunción general del dolo del artículo 1º del Código Penal.

A nuestro juicio esta interpretación de la voz “a sabiendas” hace inaplicable la figura, por su dificultad probatoria, el querellante no sólo debe pasar el requisito de la querrela de capítulos sino que además deberá probarla voluntad conciente del juez de infringir la ley. Por este motivo cobran importancia las figuras culposas, en las que la exigencia subjetiva es menor lo mismo que la pena.

**Artículo 223 N° 2:** Prevaricación cohecho, se sanciona al juez “que por sí o por interpósita persona admita o convenga en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo”. Con “dádivas o regalos, se está refiriendo al dinero y a las especies o efectos que pueden ser donados. La ley castiga aquí el hecho de vender la justicia, de negociar con ella. La comisión Redactora consignó en las actas que en él se comprende y castigando sólo el hecho de recibir o consentir en recibir dádivas un juez por practicar un acto injusto, sino también el caso en que el acto sea perfectamente justo y legal (sesión 35)”<sup>49</sup>

Los verbos rectores son “admitir” que es recibir efectivamente o “convenir en admitir”, que es llegar a formal acuerdo, el acuerdo podrá ser tácito pero deberá ser inequívoco. No es requisito que el juez haga o deje de hacer lo prometido.

**Artículo 223 N°3:** Prevaricación abuso. “Cuando ejerciendo as funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos”. Este artículo fue reformado por la ley 19.806 que reemplazó las expresiones “mujer procesada” por “persona imputada” eliminando la referencia al género

---

<sup>49</sup> Derecho Penal, Gustavo Labatut Glenda, novena edición actualizada por Julio Centeno Vargas, Editorial jurídica de Chile, Santiago 1995.

de la víctima pudiendo actualmente serlo tanto un hombre como una mujer.

Este tipo penal en virtud del principio de la especialidad desplaza al contenido en el artículo 258 del Código Penal, que se refiere a la misma conducta cometida por los funcionarios públicos en general, este abuso contra particulares se transforma en prevaricación cuando lo comete un juez aprovechándose del poder y la influencia que le da su empleo

La voz “seducir” significa lograr acceso carnal a una persona sin su pleno y libre consentimiento, sino que por la presión moral derivada del cargo de juez. “Solicitar” es requerir de amores con insistencia, la solicitud debe ser de significación sexual, aunque no consista precisamente en acceso carnal.

**Artículo 224:** Los sujetos activos son los contemplados en el inciso 1º del artículo 223, claro que la pena es menor, 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.

**El N° 1** los sanciona: “Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal”, es un caso de prevaricación propiamente tal, al igual que el N° 1 del artículo 223, a la voz sentencia debe dársele el mismo sentido que en dicho artículo, es decir será comprensiva tanto de sentencias definitivas como interlocutorias, cuando éstas establezcan derechos permanentes en favor de las partes. La diferencia entre estas normas radica en el aspecto subjetivo, en el caso del artículo 223 N° 1 se exige dolo directo en éste en cambio son suficientes el dolo eventual o la culpa. Otra diferencia, es que este artículo sólo se refiere a dictar sentencia en causa criminal, en tanto que el artículo 223 N° 1 habla de causa civil y criminal. La utilización del término “inexcusables” revela que en este caso será exculpante el error de derecho, toda vez que se acepta que cierto grado de negligencia o ignorancia puede ser disculpable en un juez. La negligencia o ignorancia inexcusables pueden incidir tanto en leyes sustantivas como procesales, la manifiesta injusticia supone la violación notoria clara e indiscutible de los preceptos legales, que no puede explicarse como una interpretación razonable de la ley.

El artículo 224 N° 2 a 7, contempla conductas que la doctrina califica como prevaricación torcida administración de justicia, las hipótesis de estos números son dolosas:

**N° 2** “Cuando a sabiendas contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial.”

**N° 3** “Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida”, esta misma conducta cuando es realizada por otro empleado público constituye “abuso contra particulares”, según el artículo 256.

La voz “maliciosamente” indica que el elemento subjetivo en este tipo es el dolo directo.

Los hechos a que hace referencia es a la denegación o retardo de la administración de justicia, debe tratarse de materias de competencia del juez en cuestión, en situaciones

definidas y concretas, No emplear la diligencia debida en el cumplimiento de su deber no es suficiente para configurar esta infracción.

Es difícil que se produzca una negativa formal a administrar justicia, como por ejemplo: que no se acoja una querrela a tramitación, voluntad negativa del juez será encubierta y se manifestará a través de un retardo, que podrá considerarse denegación cuando a causa del mismo ya sea inútil o imposible hacer justicia en el caso concreto.

Denegar una petición justa no es la conducta prevista en este número, podrá incurrirse en algunas de las otras figuras del párrafo, mas no en la negativa pues la resolución ha sido dictada.

**Nº 4** “Cuando maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo”. Etcheverry sostiene: “La infracción consiste en no decretar prisión cuando ello es obligatorio, no meramente facultativo”<sup>50</sup> No estamos de acuerdo con esta interpretación pues consideramos que establece más requisitos que los que la ley verdaderamente exige.

**Nº 5** “Cuando maliciosamente retuviere en calidad de preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley” Este delito es exclusivo de los jueces pues sólo ellos están facultados por ley para decretar la libertad de un preso o detenido.

**Nº 6** “Cuando revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de a contraria”

La “violación de secretos” se sanciona con respecto a toda clase de empleados públicos en el párrafo 8º, y con respecto a los jueces en este número. Es un delito formal y de peligro, no requiere perjuicios ni otras consecuencias. No se usa en este número la voz “a sabiendas” o “maliciosamente”, por lo que además de dolo directo cabe también dolo eventual.

Respecto a la otra hipótesis que consiste en dar auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas con perjuicio de la contraria, estamos frente a un delito de daño y no de peligro, puesto que requiere que la parte que recibe este auxilio o consejo lo aproveche y perjudique a su contraria.

Las dos conductas de este número no tienen forma culposa

**Nº 7** “Cuando con manifiesta implicancia, que le sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil”

El artículo dice “con manifiesta implicancia”, no es suficiente que se trate de una implicancia dudosa o que se preste a interpretaciones, por lo que, el juez en caso de duda si existe o no una causal de esta especie, debe estar por la negativa.

Respecto a la frase “Que la implicancia le sea conocida y que no la haya hecho saber previamente a las partes”, hemos encontrado dos interpretaciones interesantes, Pedro Prendez en su memoria de prueba interpreta esta frase de la siguientes manera: “El conocimiento de la implicancia por parte del juez es un requisito que no debió exigirse,

---

<sup>50</sup> Derecho Penal, parte especial, Alfredo Etcheverry, volumen IV, 3ª Edición editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998.

por cuanto, siendo estas causas irrenunciables, aunque el juez no tenga conocimiento de ellas, si falla el pleito todo lo obrado es nulo por tratarse de un acto prohibido por la ley, nulidad que puede hacerse valer en forma incidental durante el juicio, en conformidad con el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil. También se exige como requisito que el juez no haya hecho saber previamente a las partes la causal de implicancia. La obligación del juez es declararse inhabilitado para continuar conociendo de un asunto, tan pronto como tenga noticia de que una causal le afecta y hacerlo constar en el proceso. Esta es la manera de hacerlo saber previamente a las partes y cuya omisión debió castigar el Código Penal en este número.”<sup>51</sup>

Estimamos que opinión del señor Préndez es acertada en cuanto al sentido que da a la frase manifiesta implicancia, pero estamos en desacuerdo con su interpretación del resto del artículo, pues lo que busca la norma penal es sancionar una conducta impropia del magistrado y no resguardar las normas de procedimiento, la mención de que la implicancia le sea conocida al juez y éste no la haya hecho saber previamente a las partes es indicativa del disvalor de su conducta. Ahora, lo que sí nos parece necesario dilucidar es ¿por qué se menciona el hecho de que no la haya hecho saber a las partes?.

Frente a esta interrogante la opinión de Etcheverry nos parece esclarecedora: “La expresión *implicancia* debe entenderse en sentido amplio y comprender también las causales de recusación, de no interpretarse así la expresión “*sin haberla hecho saber previamente a las partes*” no tendría razón de ser, ya que las implicancias deben ser declaradas de oficio por el juez y son irrenunciables, en cambio la recusación sólo puede entablarse por la parte perjudicada, y ésta no podrá hacerla valer si el juez no le da a conocer la causal en cuestión.

**Artículo 225** :Los sujetos activos son los mencionados en el artículo 223 inciso 1º, éste artículo contempla sólo conductas culposas, por este motivo la pena es menor que en los artículos que le preceden, ella puede consistir en suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales o sólo en ésta última.

**El N° 1:** Es un caso de prevaricación propiamente tal: Sanciona a los jueces que dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa civil, se trata de la misma situación contemplada para causas criminales en el artículo 224 N° 1, en ambos casos será suficiente que la conducta sea cometida con dolo eventual o culpa, en este caso también se emplea el calificativo de ignorancia, “inexcusable” lo que revela que al igual que en el caso del artículo 224 N° 1, es admisible como exculpante el error de derecho.

En este caso, la pena es menor que en el mencionado 224 N° 1, creemos que por tratarse de una sentencia civil, toda vez que el perjuicio que puede ocasionarse con ella es menor que en el caso de una sentencia criminal. A la voz “sentencia” debe dársele igual interpretación que en los artículo 223 N° 1 y 224 N° 1, esta es: sentencia definitiva o interlocutoria cuando establezca derechos permanentes en favor de las partes.

Respecto a la hipótesis de injusticia de la sentencia, puede provenir de la infracción de ley, pero también de otras causas, pues la ley no ha distinguido.

---

<sup>51</sup> El delito de prevaricación de los jueces y abogados, Pedro Prendes Cáceres, Memoria Universidad de Chile, Santiago 1944.

Los términos “causa criminal o civil” y “causa civil” de los artículos 223 y 225 permiten hacer extensivo el campo de la prevaricación a las sentencias que se dicten en asuntos judiciales no contenciosos.

Los números 2 a 5 del artículo 225 contemplan la forma culposa o cuasidelictual de los mismos hechos sindicados con iguales números pero a título doloso en el artículo anterior, se trata de casos que la doctrina califica dentro de la prevaricación torcida administración de justicia.

**“Nº 2:** Contravenir las leyes que reglan la sustanciación de los juicios en términos de producir nulidad en todo o parte sustancial.

**Nº 3:** Negaren o retardaren la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida.

**Nº 4:** Omitieren decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no llevaren a efecto la decretada pudiendo hacerlo”. Como decíamos las conductas son las mismas, por lo que damos por reproducido lo dicho respecto de ellas anteriormente, sin embargo varía el elemento subjetivo que es la negligencia e ignorancia inexcusables.

**Nº 5:** cuando por negligencia o ignorancia inexcusables: Retuvieren preso por más de cuarenta y ocho horas a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley”. Este número es distinto al Nº 5 del artículo 224, además de exigir un cambio en el elemento subjetivo, pues el anterior exigía obrar “maliciosamente”, éste agrega otra exigencia: debe retenerse preso al individuo por más de cuarenta y ocho horas”. “Este requisito fue agregado por la Comisión Redactora en vista de la habitual lentitud de la maquinaria administrativa, por lo cual no habiendo malicia sino negligencia, es de exigir un lapso como el estimado para estimar que existe delito.”<sup>52</sup>

Respecto a la exigencia subjetiva “negligencia o ignorancia inexcusables” Raimundo del Río expone la siguiente explicación: “ puede referirse tanto a las leyes de fondo como procesales, y comprende las faltas de cuidado y los errores que, lógicamente, no pueden admitir excusa, dadas su naturaleza y la calidad y preparación que el legislador exige de las personas que incurren en ellos”<sup>53</sup>

**Artículo 226:** Es un caso de prevaricación desobediencia, “En las mismas penas incurrirán (las del artículo 225) cuando no cumplan 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 hen 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 insistiere, le dará cumplimiento, liberándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que la

<sup>52</sup> Derecho Penal, Parte especial, Alfredo Etcheverry, volumen IV, 3ª Edición editorial jurídica de Chile, Santiago 1998.

<sup>53</sup> Manual de Derecho Penal, editorial Nacimiento, José Raimundo Del Río, Santiago 1947.

mandó cumplir.”

Coincidimos con Etcheverry quien opina, que esta conducta está impropriadamente asimilada por el Código Penal a la prevaricación, pues se trata verdaderamente de un delito de desobediencia, como el reglamentado en el párrafo 10, en este caso se ha producido su inclusión en atención al sujeto activo del delito más que al bien jurídico protegido. A esta conducta se refiere este artículo, 226, junto con los artículos 10 N° 10, 159 y 252 del mismo Código, los que han permitido elaborar una teoría de la obediencia jerárquica.

La regla general es que las órdenes de los superiores deben obedecerse, salvo los casos mencionados en el inciso 1° del artículo 226, que lo obligan a suspender su cumplimiento dando cuenta inmediata al superior de las razones de la suspensión, si el superior insiste el subordinado cumplirá la orden quedando exento de responsabilidad, la que recaerá sobre el superior, se trata de una causal de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta.

Las razones del artículo 226 que hacen improcedente el cumplimiento de la orden son: que ésta sea evidentemente contraria a las leyes; que aparezca que se ha obtenido por engaño; y que se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever.

**Artículo 227 N° 1:** Esta disposición tiene una redacción poco feliz, pues parece hacer referencia a los mismos sujetos previstos en los artículos anteriores al señalar la responsabilidad de las personas que por el ministerio de la ley desempeñen cargos de miembros de los tribunales de justicia unipersonales o colegiados. Sin embargo se refiere a aquellos que sin ser miembros titulares o permanentes de dichos tribunales, son llamados por ley a servirlos, en calidad de subrogantes, de suplentes, de interinos o de integrantes. Quienes tendrán la misma responsabilidad que los titulares por las conductas constitutivas de prevaricación.

**N° 2:** “A los subdelegados e inspectores que incurrieren en iguales infracciones”. Las infracciones mencionadas son las conductas de prevaricación judicial ya comentadas. Los subdelegados e inspectores son funcionarios del orden político administrativo, por ese motivo este sería un caso de prevaricación política administrativa. Sin embargo actualmente ésta es una norma que ha quedado sin aplicación práctica, puesto que los subdelegados e inspectores no tienen ya facultades jurisdiccionales.

**N° 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”

Este número extiende el delito de prevaricación a aquellas personas que ejerzan la función jurisdiccional (compromisarios), o emitan opiniones que influyan o puedan influir en la decisión del asunto sometido a conocimiento del tribunal.

En cuanto a su redacción, en la sesión 36 de la Comisión Redactora se expresó lo siguiente: “A indicación del señor Reyes se acordó alterar también la redacción del número 3 de modo que en él se incluyan no sólo los jueces compromisarios, sino también los peritos, ingenieros en minas y demás individuos que intervinieren en los juicios con un

carácter semejante a éstos, ya deduzcan sus funciones de la ley, el nombramiento hecho por el juez o la voluntad de las partes. Como todos ellos por sus fallos, dictámenes o reconocimientos periciales, pueden influir en que la justicia se tuerza, deben hallarse sometidos a una pena si abusan del cargo que desempeñan.”<sup>54</sup>

**Artículo 228:** contempla casos de prevaricación político-administrativa, de empleados públicos no pertenecientes al orden judicial), las conductas sancionadas son las siguientes:

1.-Dictar a sabiendas providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo.

2.- Una figura culposa de la conducta anterior, “Si la resolución o providencia manifiestamente injusta la diere por negligencia o ignorancia inexcusables...”

La penalidad en uno y otro caso es distinta, la conducta en su forma dolosa se castiga con pena de suspensión del empleo en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales; mientras que la figura culposa es sancionada con suspensión en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

**Artículo 229:** Es un caso particular de denegación de auxilio, este artículo sanciona a los empleados públicos no pertenecientes al orden judicial 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.” Subjetivamente puede tratarse de una infracción dolosa (“por malicia”) o culposa (“negligencia inexcusable”), a diferencia del tratamiento de las demás conductas del título, en que se aplica mayor penalidad si son dolosas y menor si son culposas, en este caso, ambas formas son sancionadas con igual penalidad.

Como decíamos, éste es un caso particular de denegación de auxilio, contemplado en el artículo 253 del Código Penal, el concurso aparente de leyes debe resolverse por vía de especialidad en favor de la aplicación exclusiva del artículo 229.

**Artículo 230:** Se trata de una regla de penalidad común a los diversos casos de prevaricación: “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 once a veinte unidades tributarias mensuales, según los casos”.

**Artículos 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 o inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

Este artículo contempla dos casos de prevaricación, el perjuicio al cliente a través del abuso malicioso del oficio y el descubrimiento del secreto profesional.

Son sujetos activos abogados y procuradores, a quienes estudiamos con

---

<sup>54</sup> Código Penal, Concordancias, antecedentes históricos, doctrina y jurisprudencia. Mario verdugo Marincovich. Segunda edición, Editorial jurídica Conosur, Santiago Chile 1986.

anterioridad, por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

En cuanto a la conducta: causar perjuicio al cliente, la ley no indica la forma en que éste debe causarse, por lo que podrá ser cualquiera siempre que se realice con “abuso malicioso” de su oficio, en consecuencia se podrá ocasionar perjuicio por acción o por omisión, por ejemplo un abogado podrá ocasionar perjuicio por omisión, dejando transcurrir el plazo para oponer un recurso, dejando de rendir una prueba etc. La expresión “perjuicio” atendida la naturaleza del delito no está tomada en un sentido puramente patrimonial, sino que tiene un alcance amplio, comprende también perjuicios morales, jurídicos etc. en el mismo sentido Leonidas Montes expresa: “creemos que con lo expuesto resulta incuestionable el hecho de que para el legislador reviste tanto interés el daño material como el moral, y nos parece claro que, no distinguiendo el artículo 231 del Código Penal, no le es lícito distinguir al intérprete y en consecuencia este perjuicio puede ser de cualquier naturaleza”.

Respecto de la penalidad, la ley ordena atender a la gravedad del perjuicio que se causare.

La exigencia subjetiva del tipo es que el abogado o procurador actúe con “abuso malicioso de su oficio”, se trata de una figura dolosa, la negligencia e impericia sólo da origen a responsabilidad civil.

En cuanto al dolo, se exige dolo directo. “Se piensa que el legislador exige esta clase de dolo cuando emplea términos como “maliciosamente”, “a sabiendas”, “de propósito” o semejantes.”<sup>55</sup> El tipo exige una equivalencia entre la intencionalidad del autor y el resultado de la acción. En este caso el sujeto activo abusando de su oficio quiere ocasionar un perjuicio a su cliente.

No es preciso que el abogado haya asumido el patrocinio de un juicio, será suficiente que haya atendido profesionalmente a una persona (cliente), en cambio, con respecto al procurador, es necesario que se le haya constituido mandato, ya que no es un profesional, sino un mandatario. Así lo estimó la comisión redactora (sesión 49).

La segunda conducta tipificada en este artículo es la de descubrir los secretos del cliente.

Para el análisis de ella se hace necesario establecer un concepto de secreto profesional. De acuerdo con el diccionario de la Real Academia “Secreto es lo que cuidadosamente se tiene reservado u oculto”, cuando una persona en razón de su oficio toma conocimiento de hechos reservados u ocultos, se encuentra obligado a guardar secreto de ellos pues se ha producido un caso de secreto profesional.

Hemos dicho que el secreto profesional genera una obligación de guardarlo para quien toma conocimiento de él, sin embargo no constituye sólo un deber, sino que también es un derecho, al respecto dice Appleton “ El secreto profesional constituye para el abogado no sólo un deber, sino también un derecho. Es un deber hacia sus clientes; no podría llenar su rol hacia estos, aconsejarlos útilmente si los clientes no estuvieren

---

<sup>55</sup> Derecho Penal, parte general tomo II, Nociones fundamentales sobre la teoría del delito, Mario Garrido Montt, Editorial jurídica de Chile, Santiago 1997.

seguros de su entera discreción. Es preciso que ellos puedan hablarle con entera confianza y contar con el secreto de sus confidencias. Es un derecho para el abogado respecto a las autoridades públicas: no podría consentir en recibir confidencias, si estuviere expuesto a verse obligado a revelarlas”<sup>56</sup> El secreto profesional es fruto de una verdadera y real necesidad en el ejercicio de la profesión de abogado, y en la representación del mandatario judicial.

Antes, sostuvimos que el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación es la correcta administración de justicia, se trata a nuestro juicio de un bien jurídico común para todas las conductas tipificadas bajo este título, creemos por tanto que el castigo de la violación del secreto profesional por parte del abogado o mandatario judicial a título de prevaricación se produce en razón del rol que les compete en el proceso de administración de justicia, rol que desempeñado fielmente contribuye a su correcto ejercicio. “Los abogados son y han sido siempre poderosos auxiliares de la justicia, pero, para que puedan ejercer debidamente su ministerio ha sido preciso rodear a la profesión de una aureola inmanente de probidad, dignidad, delicadeza, sin la cual el cliente no se atrevería a requerir los servicios del profesional, o bien no se sinceraría con él, teniéndose por resultado graves perjuicios no sólo para el sujeto que dejó de recibir una adecuada atención, sino para la colectividad toda que se vería limitada en sus necesidades, e incluso perjudicada en la correcta administración de justicia.”<sup>57</sup>

El secreto profesional se encuentra tutelado en el artículo 231 y 247 del Código Penal y en el artículo 10 del Código de ética profesional de los Abogados.

El artículo 247 expresa: “El empleado público que sabiendo en razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste incurrirá en las penas de... Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ellas se les hubieren confiado”. El Código de ética profesional de los Abogados en su artículo 10 dispone: “Guardar secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto, aun después de que les haya dejado de prestar sus servicios. Y es un derecho del abogado ante los jueces, pues no podría aceptar que se le hagan confidencias, si supiere que podría ser obligado a revelarlas. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación, y con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello” Además de estas disposiciones existen disposiciones en el Código de Procedimiento Civil, de Procedimiento Penal y Procesal Penal.

En cuanto al artículo 231 del Código Penal, se aplica a los abogados y procuradores, en tanto que el artículo 247 a todos los demás profesionales titulados, el artículo 231 es una norma especial que prima por sobre el artículo 247 que es la disposición general.

La conducta típica de acuerdo con el artículo 231 consiste en que el abogado o procurador con abuso malicioso de su oficio descubra los secretos de su cliente, conducta que será castigada según la gravedad del perjuicio que se causare. Para que

---

<sup>56</sup> De la Prevaricación de abogados y procuradores, Leonidas Montes Olavarrieta, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963.

<sup>57</sup> De la Prevaricación de abogados y procuradores, Leonidas Montes Olavarrieta, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963.

se ejecute esta conducta es esencial que lo que se descubra sea secreto, según Rodríguez Muñoz “secreto es un hecho conocido sólo por un círculo determinado de personas y respecto del cual el afectado no quiere, conforme a su interés, que sea generalmente conocido” El hecho puede ser secreto no obstante ser conocido por un núcleo de personas, pues lo que interesa es que no pase a formar parte del acervo de un mayor número de individuos.

Las formas de descubrir el secreto pueden ser: por revelación o por divulgación.

Por revelación: es ponerlo en conocimiento de un tercero extraño al hecho.

Por divulgación: es una forma más amplia que la anterior, requiere dar publicidad al hecho, extenderlo, ponerlo al alcance del público en general. Puede cometerse por acción u omisión, un ejemplo de hipótesis omisiva es no ser cuidadoso con los documentos confidenciales del cliente.

Este delito debe cometerse en el desempeño de la profesión u oficio, por lo tanto es necesario que el secreto haya sido conocido en razón del oficio. Concordamos con Leonidas Montes en que los hechos que se conocen por razones ajenas al desempeño profesional no quedan amparados por el precepto estudiado, toda vez que el texto de la ley dice: “ el que con abuso malicioso de su oficio”... , sigue esta idea don Gustavo Labatut quien al estudiar el artículo 247 del Código Penal que trata de la violación de secretos por profesionales en general y que es muy similar al 231, dice: “debe tratarse de secretos confiados al profesional en razón de su oficio”<sup>58</sup> , el comentarista Alejandro Fuensalida opina que “es necesario que los secretos revelados no se hayan sabido por confidencias íntimas de la amistad”<sup>59</sup> , el argentino Sebastián Soler tiene el mismo criterio: “El conocimiento del secreto de parte del profesional debe derivar del ejercicio mismo de la profesión o provenir de la especial situación que da acceso al secreto, no por intrusión”.<sup>60</sup> Concluimos por tanto, que el secreto debe ser conocido con ocasión del ejercicio profesional y en razón del mismo.

En cuanto a la amplitud del secreto, éste no sólo abarca las gestiones contenciosas, sino que también el conocido en cualquier otro tipo de gestión. “El profesional está obligado a guardar el secreto aunque lo haya conocido mediante una mera consulta verbal ocasional, no teniendo para este efecto importancia ni siquiera el hecho de si la consulta fue o no remunerada. Vimos sobre esta materia el criterio seguido por la Comisión Redactora, del cual hay constancia en la sesión Nº 49 y en el que fundamos nuestro modo de pensar”<sup>61</sup>

El secreto puede ser confiado directamente por el cliente o por un tercero que lo presente o por un pariente de él, debe tratarse de un hecho vinculado al asunto por el

---

<sup>58</sup> Derecho Penal, novena edición actualizada, Gustavo Labatut Glenda, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995.

<sup>59</sup> Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno, Alejandro Fuensalida, Lima 1883.

<sup>60</sup> Derecho Penal argentino, 3ª reimpresión, tomo V, Sebastián Soler, Buenos Aires 1956.

<sup>61</sup> De la prevaricación de abogados y procuradores, Leonidas Montes olavarrieta, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963.

cual se consultan los servicios del abogado, y que sea el cliente el interesado en su ocultamiento, “el abogado no está obligado, en conformidad con lo preceptuado por el artículo 231, a mantener los secretos que haya advertido a través de documentos que le haya proporcionado el cliente y que afecten a terceros que no tienen relación alguna con su patrocinado, ni respecto de los hechos que le sean revelados en conversaciones con su cliente, y que afecten a otras personas, pues en estos casos nos encontramos ante hechos conocidos con ocasión del ejercicio profesional, pero no en razón del mismo”.<sup>62</sup>

El secreto puede llegar a conocimiento del abogado por confidencia ( de palabra, por escrito, a través de documentos, etc.) y aun aquellos hechos que el sujeto activo advierte en su trato profesional con el sujeto pasivo, incluso sin que éste se lo de a conocer en forma directa, y podemos ir más lejos ya que puede ser que el hecho no sea confiado por el cliente al profesional, sino que aun sea ignorado por éste y conocido sólo por el abogado, no dejando por esto de existir la obligación de sigilo, pues la obligación de guardar secreto profesional está subentendida sin necesidad de estipulación previa.

Mucho se ha discutido acerca de qué hechos deben guardarse como secreto, en doctrina hay consenso al considerar dos grupos genéricos:

Primer grupo: compuesto por aquellos elementos probatorios de los negocios que se gestionan y cuya divulgación puede causar perjuicio al mandante, se trata de todos aquellos hechos que para la defensa de la parte convenga mantener en secreto, tanto circunstancias fácticas como jurídicas.

Segundo grupo: aquellos secretos cuya violación afecta al honor del litigante o de su familia, o puede perjudicar material o moralmente al cliente.

En cuanto a si el perjuicio es un elemento del delito de violación de secreto del artículo en estudio, las opiniones se encuentran divididas, nosotros opinamos que la simple infracción del deber de silencio es punible, esta aseveración la fundamos en el texto del artículo 231 que utiliza la conjunción disyuntiva “o”, castigando por una lado el causar perjuicio al cliente, y por otro, el descubrir sus secretos. La circunstancia de que el texto de la ley ordene que el hecho sea sancionado “según la gravedad del perjuicio que se causare” en nada se opone a nuestro planteamiento, el perjuicio es sólo una agravante de los delitos sancionados en el artículo 231, en el caso de no existir perjuicio ni otras circunstancias agravantes la pena deberá ser la mínima. Leonidas Montes en el mismo sentido dice: “No creemos que en la violación de secretos el perjuicio se haya establecido como un requisito o elemento del delito mismo. Distinto es el caso del perjuicio al cliente, en que éste forma parte del tipo.”<sup>63</sup>

Hemos mencionado, que el secreto además de ser un deber es un derecho del abogado, al respecto existen normas que lo garantizan, como el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal y artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, que exoneran a los abogados de la obligación de deponer en juicio sobre los hechos que se les hayan confiado en razón de su oficio. El artículo 303 del Código Procesal Penal, contempla la

---

<sup>62</sup> De la prevaricación de abogados y procuradores, Leonidas Montes olavarrieta, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963

<sup>63</sup> De la prevaricación de abogados y procuradores, Leonidas Montes Olavarrieta, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963.

facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto, facultad que también es contemplada en el artículo 10 del Código de ética profesional de los abogados. Esta limitación de la obligación de testificar no es reciente, ya en las partidas se exceptuaba a los voceros de la necesidad de declarar como testigos porque faltarían a su juramento de reserva. Esta garantía contemplada en normas procesales no exime al abogado de la obligación -que tiene todo ciudadano salvo los excepcionados por ley- de concurrir a declarar, sino que lo exime de testificar sobre hechos que le hayan sido confiados en razón de su oficio. El artículo 10 del Código de ética dice: "citado el abogado a declarar deberá con toda independencia de criterio negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello", esta situación puede estimarse como poco garantística del secreto profesional ya que se podría dar lugar a interpretar como afirmativas aquellas preguntas que el abogado se niegue a responder en razón del secreto profesional, respuestas como lo que sé es confidencial, si bien nada dicen pueden dar a entender tácitamente que el abogado es depositario de una confidencia sobre el hecho que se indaga. Por ello a fin de resguardar situaciones de esta naturaleza, el abogado deberá entregar su respuesta en términos tales que no revele que es portador de alguna confidencia.

Ahora surge una interrogante: ¿El secreto profesional tiene limitaciones?. Existen dos doctrinas que entregan una respuesta al respecto: por una parte la del secreto relativo y por otra la del secreto absoluto. La doctrina del secreto relativo: tiene por regla general la obligación de guardar secreto, pero admite excepciones por causas justificadas, en cambio la doctrina del secreto absoluto no admite excepciones a la obligación de sigilo.

Nosotros somos partidarios de la doctrina del secreto relativo puesto que hay casos en que a pesar de mediar una revelación de secretos, ella no es punible por existir una causal de exclusión de la ilicitud objetiva de la revelación. En estos casos cuando la revelación se encuentra cubierta por una causal de justificación no constituye delito pues se excluye el carácter antisocial del acto, aunque subsista su materialidad estaremos en presencia de un hecho típico pero no antijurídico. A continuación enunciaremos las causales de justificación comúnmente admitidas por la doctrina:

1º Consentimiento del cliente: Cuello Calón dice al respecto: "La revelación de secretos pierde su carácter ilícito cuando el abogado o el procurador son desligados del deber de callar por la persona interesada en el mantenimiento del secreto"<sup>64</sup>, Soler opina: "en este sentido -justas causas de revelación- la primera justa causa sería el consentimiento del interesado"<sup>65</sup>.

Los contrarios a esta tesis arguyen que el secreto fue establecido en atención al interés general, por lo que sería de orden público, no pudiendo en consecuencia ser alterado por la voluntad de las partes, ya que su violación afecta no solamente al interesado sino que a la sociedad toda, por cuanto quita a las profesiones en las cuales ésta se apoya la confianza que debe rodearlas.

---

<sup>64</sup> Derecho penal, Eugenio Cuello Calón, Barcelona 1980.

<sup>65</sup> Derecho Penal Argentino, 3º reimpresión tomo V, Sebastián Soler, Buenos Aires 1956.

Por nuestra parte opinamos, que es un elemento básico de la naturaleza del secreto el interés del cliente en su reserva, en el caso que él autorice su revelación, el hecho pierde uno de los elementos básicos de su naturaleza dejando de ser secreto, por lo que su revelación no puede afectar a la sociedad ni acarrear desconfianza en las profesiones en que ella se apoya. Habiendo concluido que existiendo consentimiento del cliente el hecho deja de ser secreto, a nuestro criterio dicho consentimiento no constituye una causal de justificación, puesto que no existe conducta típica al pronunciarse sobre un hecho que ha perdido su carácter de secreto.

2º Interés del cliente: Quienes lo admiten como causal de justificación, estiman que el abogado o procurador puede revelar secretos del cliente siempre que lo haga en beneficio de él. Leonidas Montes dice al respecto: “ Por de pronto creemos que no se puede revelar ni exhibir secreto alguno que no vaya en abierto apoyo de la tesis e interés del cliente. Cumpliéndose este requisito previo, opinamos que el abogado o procurador pueden revelar secretos en beneficio del cliente, lo que deberá hacerse con el debido tino y criterio,...” “Para sostener lo anterior, nos apoyamos en el hecho de que el secreto profesional no es solamente una obligación, sino también un derecho que tiene por límite el interés del cliente.”<sup>66</sup>

No estamos de acuerdo con que el interés del cliente sea una excepción que justifique la revelación del secreto profesional, porque conforme al concepto de secreto antes analizado, es un requisito de él la necesidad de mantenerlo en reserva atendido precisamente el interés del cliente, si por el contrario este mismo interés admite su revelación, el hecho no tendrá naturaleza de secreto.

3º Bien común comprometido: En este caso se trata de una causal de justificación, constituida por un verdadero estado de necesidad de revelar el secreto ante la inminencia de que se cometa un delito, o ante el hecho de un delito cometido. Estudiaremos los dos casos expuestos:

- Inminencia de que se cometa un delito: “Cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no queda amparada por el secreto profesional. El abogado debe hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro” Artículo 12 del Código de ética profesional de los Abogados. En esta situación estaríamos frente a un estado de necesidad, en el que el sujeto para prevenir la comisión de un delito, debe incumplir su deber de sigilo y revelar el secreto que le ha sido confiado con el fin de evitar un mal mayor.

Estimamos que otra causal justificante que opera en este caso, es la del artículo 10 N° 10 del Código Penal, “El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.”, la situación descrita -revelación de un secreto del cliente por parte del abogado- es una acción típica que podrá justificarse en que, el abogado ha actuado en cumplimiento de un deber que por su oficio le impone el ordenamiento jurídico. “El oficio o cargo sólo tiene efecto justificante en la medida que impone un deber específico al que lo desempeña”,<sup>67</sup> en este caso el deber específico

<sup>66</sup> De la prevaricación de abogados y procuradores, Leonidas Montes Olavarrieta, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963.

<sup>67</sup> Derecho Penal, parte general tomo II, Mario Garrido Montt, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997.

que se le impone al abogado es el contenido en el artículo 12 del Código de ética de los Abogados, antes reproducido.

- Cuando ya se ha cometido un delito: Si al tomar conocimiento el abogado de que su cliente ha cometido un delito estuviese autorizado para revelar el secreto profesional, “el secreto se vería seriamente amagado en las defensas criminales, en las que precisamente tiene mayor importancia”<sup>68</sup>. Nosotros creemos que no es lícito al abogado o procurador revelar el secreto profesional en casos como éste, sin embargo si en virtud de él un inocente es condenado a una pena grave será lícito revelarlo. En una situación de este tipo se justifica su revelación atendido el bien jurídico perseguido, que es la correcta administración de justicia. Sin perjuicio de ello el abogado tiene también un importante deber de lealtad hacia su cliente, toda vez que en la administración de justicia él desempeña un rol parcial, inclusive algunos autores, entre ellos Leonidas Montes, estiman que el bien jurídico protegido por los tipos penales de los artículos 231 y 232 sería el deber de lealtad del abogado o procurador hacia su cliente, pese a que nosotros diferimos en este punto con Montes, concordamos con él en que en razón de este deber de lealtad, el abogado debe “revelar el secreto al tribunal, pero sólo en aquello que fuere indispensable para salvar al tercero y tratando en lo posible de evitar en el mayor grado los perjuicios a su cliente, debiendo previamente a la confesión hacer ver al culpable que dadas las circunstancias le será necesario hacer tales o cuales revelaciones”.<sup>69</sup>

4º Defensa personal del confidente: Es lógico admitir esta excepción toda vez que el derecho no puede imponer a un individuo el ejercicio de una obligación en contra de sí mismo, con ella se busca poner a cubierto al depositario del secreto de persecuciones injustas. El artículo 12 del Código de ética dispone: “El abogado que es objeto de una acusación de parte de su cliente o de otro abogado, puede revelar el secreto profesional que el acusador o terceros le hubieren confiado, si se mira directamente a su defensa”. Esta norma autoriza a revelar secretos del cliente frente a acusaciones de que pueda ser objeto el abogado, sin embargo si el abogado es quien acusa a su cliente, no está autorizado para revelar los secretos de éste. En el caso que el abogado demande a su ex cliente por cobro de honorarios no creemos que pueda presentarse conflicto con su obligación de guardar secreto.

La legislación chilena es partidaria del secreto relativo, numerosas disposiciones imponen a profesionales la obligación de denunciar hechos de que ha tenido noticia en razón de su ejercicio profesional, a modo de ejemplo podemos citar el artículo 494 N° 9 del Código Penal que obliga a los facultativos a denunciar la comisión de ciertos crímenes y simples delitos tales como los de envenenamiento. Las causales de justificación cuando se presentan eliminan el elemento “abuso malicioso de su oficio” que exige el artículo 231 del Código Penal, por lo tanto no habrá delito. Por otra parte el artículo 10 N° 10 del Código Penal da una fórmula general de justificación, que ya fue explicada.

Respecto al tiempo que dura la obligación de sigilo, podemos decir que ésta carece de límite, que no cabe la extinción de la obligación por prescripción, ni la muerte del

---

<sup>68</sup> De la prevaricación de abogados y procuradores, Leonidas Montes Olavarrieta, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963.

<sup>69</sup> De la prevaricación de abogados y procuradores, Leonidas Montes Olavarrieta, Editorial jurídica de Chile, Santiago 1963.

cliente permite faltar a ella. Sólo es posible su revelación si el hecho deja de ser secreto u opera una causal de justificación. “En cuanto a la subsistencia de la obligación en estudio, una vez que el cliente ha dejado de serlo, ella no nos merece duda alguna a pesar de que el texto legal pudiera suscitarlas”<sup>70</sup> El mismo criterio sigue el Código de ética profesional de los Abogados, que en su artículo 10 dispone: “es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto aun después de que haya dejado de prestar sus servicios.”

**Artículo 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.”

El sujeto activo de esta figura es solamente el abogado, no el procurador, porque la comisión redactora estimó que la intervención de éstos en los juicios es tan manifiesta que no podrían a la vez representar a ambas partes

Debe tratarse de un negocio en el que existan partes contrarias, esto es, que tengan intereses contrapuestos. “El abogado debe tener la defensa de un pleito ante los Tribunales de Justicia porque sólo en estas causas hay partes contrarias”<sup>71</sup> “...., en este delito es indispensable que haya un pleito con partes contrarias a quienes un abogado les patrocina sus causas simultáneamente.”<sup>72</sup> Por la expresión “partes contrarias” debemos entender a aquellas que se encuentran en una situación procesal antagónica, en verdadera contradicción de intereses, como por ejemplo en el juicio ejecutivo, un tercerista de posesión respecto del ejecutante y del ejecutado.

En el derecho comparado se suele castigar al abogado que representa en un pleito a ambas partes simultánea o sucesivamente, nuestro código a diferencia de los de otros países, castiga sólo la defensa simultánea, y no la defensa sucesiva. “Las defensas contrapuestas deben ser simultáneas, no quedan incluidas las sucesivas”<sup>73</sup>.

Las razones para castigar la defensa simultánea y sucesiva de partes contrarias en un mismo asunto, las analiza Edgardo De Roura Moreno: “Es evidente la imposibilidad en que se encuentra un mandatario judicial, o abogado patrocinante, de defender los intereses de dos partes contrarias en un mismo juicio, simultáneamente, ya que siempre ha de sacrificar el interés de alguna de ellas en beneficio de la otra”. “En cuanto a la defensa de intereses contrapuestos en forma sucesiva,..El letrado estaría en posesión de una serie de circunstancias secretas que le habría revelado la primera, y que no podría

---

<sup>70</sup> De la prevaricación de abogados y procuradores, Leonidas Montes Olavarrieta, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963.

<sup>71</sup> El delito de prevaricación de los jueces y abogados, Pedro Prendes Cáceres, Memoria de prueba Universidad de Chile, Santiago 1944.

<sup>72</sup> El delito de prevaricación de los jueces y abogados, Pedro Prendes Cáceres, Memoria de prueba Universidad de Chile, Santiago 1944.

<sup>73</sup> Código Penal, concordancias, antecedentes históricos, doctrina y jurisprudencia. Mario Verdugo Marinkovich, 2ª edición, Editorial jurídica Conosur, Santiago Chile 1986.

utilizar sin incurrir en una evidente falta de ética”.<sup>74</sup>

Creemos que precisamente por las motivaciones expuestas, nuestro legislador sancionó sólo el patrocinio simultáneo, ya que el perjuicio o la violación de secretos del cliente a que puede dar origen el patrocinio sucesivo, se castigan en el artículo 231 del Código Penal. Al respecto Alfredo Etcheverry dice: “La comisión redactora varió el criterio del Código Español, en el cual el delito consistía en defender sucesivamente a partes contrarias en un mismo negocio, y exigió en cambio que este patrocinio fuera simultáneo, dejándose expreso testimonio de que no se penaba el patrocinio sucesivo de partes contrarias, salvo que al hacerlo incurriera en alguna de las hipótesis anteriormente estudiadas de prevaricación profesional.”<sup>75</sup>

El artículo 232 del Código Penal habla del abogado “que teniendo la defensa actual de un pleito...”, ¿desde qué momento tiene un abogado la defensa actual de un pleito?

Pedro Préndez da la siguiente respuesta: “Desde el momento en que el abogado acepta el mandato conferido en alguna de estas formas, (las del artículo 6 del Código de Procedimiento Civil) podemos decir que tiene la defensa actual de un pleito”<sup>76</sup>.

Sin embargo nosotros adherimos a la opinión de Alfredo Etcheverry, quien sostiene que no es necesario que el patrocinio se haya constituido en términos formales. “Por patrocinio no debe entenderse solamente el que se ha constituido en términos formales en un proceso, sino en general la defensa o asesoría legal que un abogado presta a su cliente. Nuestra ley no habla de “juicio”, como hacen otras, sino de “negocio”, expresión de alcance más amplio.”<sup>77</sup> La comisión Redactora en la sesión 49 excluyó al procurador como sujeto activo de esta figura, porque su intervención en un juicio es tan manifiesta que es imposible que represente a las dos partes al mismo tiempo. “Si estimamos que el patrocinio del abogado es sólo el que consta por escrito en el proceso, estaría en verdad en la misma situación que los procuradores. Este delito puede cometerse en forma inmediata y directa por un abogado o por interpuesta persona, caso en el cual habrá que aplicar las reglas generales sobre participación.”<sup>78</sup>

## 6.- JURISPRUDENCIA SOBRE PREVARICACIÓN

En nuestra jurisprudencia son escasos los casos de prevaricación, la mayoría de las causas iniciadas por alguno de los delitos de prevaricación no pasaron de la querrela de

<sup>74</sup> Derecho Penal parte especial, Edgardo H. De Roura Moreno, Editorial Perrot, Buenos Aires 1955.

<sup>75</sup> Derecho Penal, volumen IV, Alfredo Etcheverry, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998.

<sup>76</sup> El delito de prevaricación de los jueces y abogados, Pedro Préndez Cáceres, Memoria Universidad de Chile 1944.

<sup>77</sup> Derecho Penal, volumen IV, Alfredo Etcheverry, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998.

<sup>78</sup> Derecho Penal, volumen IV, Alfredo Etcheverry, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998

capítulos, antejudio necesario para hacer efectiva la responsabilidad ministerial de los jueces.

Revisada la Revista de Derecho y Jurisprudencia entre los años 1969 y 2002 sólo hemos encontrado 5 casos que se refieren a los delitos contemplados a título de prevaricación, en cuatro de ellos tras ser substanciadas las respectivas querellas de capítulos estas fueron rechazadas, en cuanto al quinto se trata de un recurso de protección, que dentro de las normas violadas señala el artículo 228 del Código Penal, recurso que fue acogido sin consecuencias penales toda vez que no fue interpuesta la querella respectiva.

Respecto de la jurisprudencia anterior a 1969, la encontramos analizada por el profesor Alfredo Etcheberry, en el tomo III de su libro "Derecho Penal en la Jurisprudencia" en ella encontramos algunos casos más.

Quisiéramos decir que nuestros tribunales han sancionado con firmeza a los funcionarios que ha incurrido en estas prácticas, pero lamentablemente no se encuentran casos en que haya sanción, escasamente uno o dos, en que los condenados eran jueces iletrados de los extintos juzgados de subdelegación.

De nuestra jurisprudencia podemos señalar:

1.- Los miembros de la Corte Suprema son inmunes a este delito, sin perjuicio de las acusaciones constitucionales, en virtud de lo establecido en el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales:

"El cohecho, la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza o gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal.

Esta disposición no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de la justicia"

Nuestra jurisprudencia ha entendido la prevaricación como una de las formas de la denegación y de la torcida administración de la justicia.

2.- Guarda especial interés las expresiones de índole subjetivas contempladas dentro de los tipos de prevaricación como "a sabiendas", por negligencia o ignorancia inexcusable", "por malicia o negligencia", "con abuso malicioso", "con manifiesta implicancia, que le sea conocida", expresiones que exigen en el tipo un dolo o culpa especial o acentuado, de tal manera que hay un grado de ignorancia de la ley aceptable o excusable para los jueces, y el dolo exige un conocimiento cabal de lo que se está haciendo como si el sujeto al delinquir lo hiciera especialmente para incurrir en algunas de esta conductas típicas.

La jurisprudencia ha entendido que las normas sobre prevaricación "exigen algo más que la mera presunción general de conocimiento de la ley para estimar concurrente la infracción. "El prevaricato no consiste en que una resolución sea contraria a la ley o en que el juez aplique equivocadamente el derecho", sino que la incorrección jurídica de lo

resuelto debe ir unida a la incorrección moral del juez, a la conciencia de éste de estar aplicando una disposición en forma contraria a lo que su texto y sentido señalan.”

No apareciendo de los antecedentes que el juez capitulado haya dictado las resoluciones impugnadas con una voluntad clara, directa, consciente y reflexiva de delinquir que induzcan a pesar que su ánimo fue, precisamente incumplir las disposiciones legales atinentes a la materia, conduce a concluir por el rechazo de los capítulos admitidos oportunamente a tramitación” (Revista de Derecho y Jurisprudencia año 1996, segunda parte, sección cuarta, página 35).

3.- El plazo de seis meses, contados desde la notificación al reclamante de la sentencia firme recaída en la causa en que se supone agraviado, establecido en el artículo 330 del Código Orgánico de Tribunales para iniciar el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces corre igualmente para las partes como para los fiscales judiciales.

4.- El juez debe ser legalmente requerido para que se configure el retardo o la denegación de justicia. Por ejemplo, si el juez no tiene competencia en materia criminal no está obligado a recibir una denuncia por la comisión de un hecho delictuoso de tal manera que al no hacerlo no ha incurrido en denegación o retardo en la administración de justicia.

5.- A los peritos no se les puede hacer extensiva todas las formas de prevaricación, a pesar de lo dispuesto en el artículo 227 N° 3 del Código Penal, por que hay figuras que son propias de la actividad jurisdiccional y por lo tanto exclusivas de quienes ejercen jurisdicción.

En la sanción de la prevaricación nuestros tribunales han sido bastantes restrictivos, las exigencias impuestas a la querrela de capítulos, en que se exige prácticamente la prueba legal condenatoria para acoger a tramitación la querrela e iniciar la investigación de la causa contra los jueces capitulados son excesivas para las partes afectadas por la conducta ministerial de los jueces, aunque volveremos sobre el punto más adelante, hay en la querrela de capítulos una de las trabas más grandes para la sanción de la prevaricación.

Por otro lado, la inexcusabilidad de la ignorancia o negligencia, no quiere decir que hay niveles de ignorancia o negligencia, en los que podríamos encontrar la ignorancia inexcusable, excusable, aceptable u otras, sino que en cada caso habrá que conocer los fundamentos de la negligencia o ignorancia para estimarla entonces excusable o inexcusable, el sólo sentido común u criterio personal de un juez puede fácilmente llevar las cosas a abusos o injusticias

## **7.-CONCLUSIÓN PRELIMINAR.**

Este capítulo tiene como objetivo ser un estudio teórico y práctico de la prevaricación judicial. Como indicamos en la introducción, en él nos interesaba dilucidar qué es prevaricación, las principales doctrinas al respecto, el bien jurídico protegido por este

delito, el tratamiento de la prevaricación en nuestra legislación positiva, del cual efectuamos un análisis, y finalmente cuál es su realidad práctica.

En cuanto a su realidad práctica, nos percatamos de la escasa jurisprudencia existente, expusimos las conclusiones que su estudio nos arrojó, para finalmente concluir que estamos frente a un tipo penal en desuso. Las razones de esto esperamos dilucidarlas en el curso de este trabajo. Sin embargo, ello nos merece algunas reflexiones: ¿Es posible que acaso nuestro sistema esté libre de la infidelidad en el ejercicio de sus cargos por parte de jueces y demás funcionarios y auxiliares ligados a la administración de justicia?. De ser así, cómo se explica entonces las revelaciones de las encuestas que muestran al poder judicial como uno de los peor evaluados por la población. Existe una idea arraigada en el ciudadano común de que al interior del poder judicial existe proteccionismo, que hay poderes e influencias interfiriendo con la recta administración de justicia, noticias como la de la ministro Gloria Olivares, Luis Correa Bulo, o “los alegatos de pasillos” sin duda que han influido en su desprestigio.

Frente a esto, el Poder Judicial ha querido reaccionar dando señales de transparencia a la población. Hay una estrategia comunicacional, en orden a que la población los perciba como una institución más abierta y cercana a las personas, hoy en día es común que el presidente de la Corte Suprema de una entrevista para un noticiero de televisión. En este mismo sentido, la Corte Suprema crea una Comisión de Ética, para velar desde adentro por la corrección de los miembros del Poder Judicial, sin embargo nos preguntamos qué sucede con la protección penal ante aquellas situaciones que según ha estimado el legislador son propias de esta rama del derecho, como última ratio.

# CAPÍTULO II: LOS REMEDIOS PROCESALES Y DISCIPLINARIOS COMO SUPLETORIOS DE LA ACCIÓN PENAL POR PREVARICACIÓN

## 1.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En este capítulo analizaremos como los recursos procesales intentados por las partes frente a una resolución manifiestamente injusta vienen a suplir en la práctica la acción penal por prevaricación. Creemos que el sistema tal como está planteado privilegia que así sea, pues lo que buscan las partes al recurrir a la judicatura es que el tribunal establezca el imperio del derecho, y si este es traicionado aun por el propio tribunal será necesario buscar en su superior el restablecimiento de él. Sin perjuicio de lo anterior y a fin de resguardar la correcta administración de justicia se ha establecido su protección penal a través del delito de prevaricación, a la que las partes suelen renunciar, según se puede colegir de la jurisprudencia que existe al respecto. Las razones de esta renuncia son diversas, por una parte el riesgo que significa para el abogado patrocinante de la

querrela en el evento de que esta no sea acogida continuar litigando ante el juez contra el que se querelló. Y por otra las dificultades que la propia estructura del sistema representa en el intento de esta acción penal, versus la “facilidad” que representa obtener la reparación del injusto por medio de recursos procesales evitando de esta forma el riesgo que implica el dificultoso ejercicio de la acción penal.

Entre los principios que rigen el ejercicio de la jurisdicción encontramos algunos estrechamente relacionados con los recursos o remedios procesales, los que pasaremos a estudiar en el desarrollo de este capítulo.

### 1.1.-INDEPENDENCIA

---

La independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que le han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentador constituye la piedra final en el edificio del Estado Democrático Constitucional del Derecho <sup>79</sup>

La independencia de los tribunales se puede apreciar desde tres puntos de vista: Orgánico o político, funcional y personal.

El punto de vista orgánico o político consiste en que el poder judicial goza de autonomía frente a los demás poderes del Estado, sin que exista una dependencia jerárquica de éste respecto de poder ejecutivo o legislativo. Esta independencia se contempla expresamente en el artículo 73 de la Constitución Política del Estado, ratificada por el artículo 12 del Código Orgánico de Tribunales, resguardado a su vez por el artículo 222 del Código Penal al sancionar la “usurpación de atribuciones”.

Desde el punto de vista funcional consiste en que no sólo existe un poder estructurado independiente a los otros con una autonomía propia, sino que además la función jurisdiccional que se les ha encomendado se ejerce sin que los otros poderes del Estado se inmiscuyan en cualquier forma en el desempeño del cometido que se les ha confiado.

Desde el punto de vista personal, importa que las personas que desempeñen la función jurisdiccional son enteramente autónomas del resto de los poderes del estado e incluso dentro del poder judicial para los efectos de construir el juicio lógico o sentencia que ha de resolver el conflicto sometido a su decisión.

El constituyente para proteger la actuación independiente de las personas que ejercen la función jurisdiccional ha establecido un cierto privilegio o beneficio de inviolabilidad consagrado en el artículo 78 de la Constitución Política del Estado y en el artículo 328 de Código Orgánico de Tribunales que establece el requisito de la querrela de capítulos para hacer efectiva de la responsabilidad penal de los jueces, los artículos 623 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y los artículos 424 y siguiente del Código de Procesal Penal.

Estas garantías establecidas en la Constitución y las leyes permiten al juez un cierto grado de seguridad tanto para ejercer sus funciones libre de las presiones de los otros

---

<sup>79</sup> Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, editorial Ariel, Barcelona, 1986

poderes del Estado, puesto que su persona tiene cierto grado de inviolabilidad, pero esta inviolabilidad que tiene por objeto resguardar a los jueces de acusaciones injustas y presiones ilegítimas puede ser utilizada por algún inescrupuloso para aprovecharse y abusar del ejercicio de sus funciones, puesto que para perseguir su responsabilidad sea civil o penal se debe pasar previamente por exámenes de admisibilidad que entorpecen la acción contra el juez infractor.

Por otro parte la independencia también puede ser vista desde dentro del Poder Judicial, en ella encontramos una serie de limitantes a la independencia de los jueces, principalmente por el sistema de recursos y las facultades disciplinarias de los superiores jerárquicos.

El juez que dicta al dictar una sentencia sabe que esta probablemente sea revisada por el superior jerárquico, por lo que no siempre será todo lo riguroso que debe ser en la resolución del conflicto sometido a su conocimiento.

**Asimismo la independencia puede ser analizada desde el punto de vista del juez respecto de las partes en un juicio, materia que se relaciona íntimamente con las causales de impugnación y recusación, que son ciertas circunstancias que miran a las posibles vinculaciones del afectado con las partes o con el conflicto y que permiten alejar del conocimiento de un asunto determinado a jueces u otros funcionario auxiliares de la administración de justicia. En tal sentido, la doctrina las ha llamado a las causales de impugnación y recusación en su conjunto “causales subjetivas de incompetencia”, lo que quiere decir que no mira al órgano mismo sino a las personas concretas que conocen de los asuntos.**

## **1.2.-INAMOVILIDAD**

---

La inamovilidad se encuentra vinculada íntimamente a los principios de la Independencia y de la Responsabilidad.

La independencia del juez queda asegurada de un modo práctico con el principio de la inamovilidad judicial, la cual impide que un juez o magistrado puede ser privado del ejercicio de su función, bien sea de manera absoluta o limitada en cuanto al tiempo, lugar o forma que se realiza, sino es con sujeción a las normas establecidas en la ley.

Se considera que una de las garantías esenciales para la independencia e imparcialidad del juez es su inamovilidad, o sea, la garantía de no poder ser removido de su cargo.

Con este apoyo el juez tiene la libertad indispensable para determinarse exclusivamente según los dictados de la justicia y sin temor, que del contenido del fallo llegue a depender hasta la pérdida de su empleo.

El beneficio de la inamovilidad nació impuesto por el espíritu público en contra de las exageraciones del absolutismo monárquico, y esta institución, como otras, fueron también los ingleses quienes la sostuvieron con energía. “Este principio no puede ser absoluto y ya también en Inglaterra se impuso que este tiene vigencia sólo mientras dure el buen comportamiento del juez, de manera que no tiene valor ante a una actuación que importe

falta grave a la actitud y funciones propias del magistrado”<sup>80</sup>

La ley establece una serie de procedimientos para poner término a la inamovilidad, tales son: El juicio de amovilidad, la calificación anual y la remoción acordada por la Corte Suprema.

### 1.3.-RESPONSABILIDAD

---

Este principio constituye el baluarte más alto e imbatido que pueda estructurarse en la defensa del derecho y de la propia función jurisdiccional. La base de la responsabilidad es la consecuencia jurídica derivada de actuaciones o resoluciones de los tribunales que la ley sanciona según la naturaleza de la acción u omisión en que el juez ha incurrido.

Se encuentra consagrada en el artículo 76 de la Constitución Política del Estado, pero limitándola a una categoría de responsabilidad, cual es, la responsabilidad ministerial:

“Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de la leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Tratándose de los ministros de la Corte Suprema, la ley determinará el caso y los modos de hacer efectiva esta responsabilidad.” (se refiere al artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales)

A nivel legal los artículos 324 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales y 223 y siguientes del Código Penal regulan directamente la responsabilidad ministerial, estableciendo estos últimos una serie de conductas típicas que sólo pueden cometer los jueces.

La responsabilidad de los jueces puede analizarse desde cuatro puntos de vista:

1º Responsabilidad común. Es la consecuencia de actos u omisiones que el juez realiza en su calidad de individuo particular y no como funcionario del orden judicial.

Esta categoría no es una de las bases del ejercicio de la jurisdicción, se dice común por que a ella están afectas todas las personas por la comisión de hechos penales o civiles ilícitos.

2º Responsabilidad disciplinaria. Como sabemos los tribunales están jerárquicamente organizados y en virtud de ello los superiores ejercen sobre los inferiores facultades disciplinarias. Esta responsabilidad es la consecuencia de actos que el juez realiza con falta o abuso, incurriendo en indisciplina o faltando al orden interno del Poder Judicial.

3º Responsabilidad política. Proviene de una abstención afectando únicamente a los tribunales superiores de justicia por notable abandono de sus deberes. La expresión “notable abandono” significa retirarse, apartarse de algo o no hacer algo con exceso, es una omisión excesiva, digan de notar. Lo que acarrea responsabilidad política de los

---

<sup>80</sup> Alejandro Silva Bascuñan. Tratado de Derecho Constitucional, la Constitución de 1925, Tomo II Páginas 412 y 413.

magistrados es precisamente, la omisión digna de nota, reparo o atención en el cumplimiento de sus deberes.

4º Responsabilidad ministerial. Es la consecuencia jurídica de actos o resoluciones que los jueces pronuncian en el ejercicio de sus funciones.

A esta categoría se refiere precisamente el artículo 76 de la Constitución, complementado por los artículos 324 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, 223 y siguientes del Código Penal, 623 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y 424 y siguientes del Código de Procesal Penal.

Todos los jueces están sujetos a esta clase de responsabilidad pero se excluye a los miembros de la Corte Suprema de dos tipos delictivos: la falta de observancia a las leyes que reglan el procedimiento y la denegación o la torcida administración de justicia.

El alcance de esta exclusión, establecida en el artículo 324 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales, ha sido discutida doctrinariamente, del argumento que normalmente se esgrime para la defensa de esta exclusión, que además se funda en la historia fidedigna su establecimiento radica en el hecho que no existe tribunal superior jerárquico de la Corte Suprema que pueda calificar a esta falta de observancia o la denegación o torcida administración de justicia.

Responsabilidad penal ministerial, deriva de la comisión de ciertos delitos por parte del juez en el ejercicio de su ministerio. Esta responsabilidad no puede ser exigida directamente, sino que es menester efectuar un procedimiento de calificación previa, denominado “Querrela de Capítulos”, que veremos más adelante.

Responsabilidad civil ministerial, de un delito deriva la pretensión penal para el castigo de un culpable y puede nacer una pretensión civil para exigir las indemnizaciones correspondientes de parte del infractor. El artículo 325 del Código Orgánico de Tribunales señala que:

“Todo juez delincuente será, además civilmente responsable de los daños estimables en dinero que con su delito hubiera irrigado a cualesquiera personas o corporaciones”

## **2.- REMEDIOS PROCESALES**

El sistema procesal privilegia los medios de impugnación e incidentales, e incluso las medidas disciplinarias, por sobre la acción penal por prevaricación como medio tutelar. Por regla general, la reparación del injusto de una resolución se busca a través del sistema de recursos judiciales, a través de la enmienda de la resolución injusta y no, a través de la sanción al juez o jueces que la han dictado.

Así la mayoría de los casos en que habiendo resoluciones injustas, pudiendo las partes incoar acciones para hacer efectiva la responsabilidad del juez que la pronunció, éstas se sienten satisfechas con la revocación o enmienda de dichas resoluciones y corregida la injusticia olvidan accionar en contra el juez que pudo haber cometido el delito en estudio.

Lo anterior se debe a distintos factores que pretendemos analizar en este capítulo, entre ellos el sistema de recursos judiciales, especialmente los recursos de casación y revisión, los incidentes sobre impugnancias y recusaciones, el recurso de queja y la queja disciplinaria y el requisito previo de procesabilidad de la querrela de capítulos por el cual hacer efectiva la responsabilidad de los jueces.

### 2.1.-DE LA CASACIÓN

---

“Para afirmar la igualdad jurídica del hombre, el paso indispensable es afirmar la igualdad del hombre frente a la ley, o sea, la ley es una, única y común para todos los hombres; y para afirmar la igualdad del hombre frente a la ley se requiere que la ley sea una para todos, y para que sea una debe ser uniformemente interpretada y a este efecto se crea un organismo llamado a dar la recta inteligencia de la ley, para que la ley no sea objeto de distintas interpretaciones, de distintas visones”<sup>81</sup>. Los organismos llamados a uniformar el criterio frente a la ley, señalar su recto sentido y alcance son, en nuestro país son los tribunales superiores de justicia.

La misión que se le atribuye por el legislador es conseguir un mismo entendimiento, un mismo criterio de aplicación de la ley para así completar la unidad jurídica del país.

A través de estos recursos se trata de completar el derecho escrito en la interpretación usual, fijar la verdadera inteligencia de las leyes, y suplirlas en sus omisiones.

La ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (Ley de 1875) señalaba, acerca del recurso de casación en el fondo, que su misión era conservar la unidad de la ley en toda la nación para evitar que los tribunales introdujeran doctrinas o jurisprudencias diferentes, para contener a los jueces en la estricta observación de la ley, y para consultar el interés público y no principalmente el privado.

La publicación periódica de los fallos de casación obedece a este deseo, de guiar, de orientar a los demás tribunales en la aplicación de la ley a los nuevos pleitos en que se susciten problemas similares.

El recurso de casación podemos definirlo genéricamente como un medio de impugnación extraordinario que la ley concede a la parte agraviada con ciertas resoluciones judiciales, para obtener la invalidación de ellas cuando han sido dictadas con omisión de las formalidades legales, o han incidido en un procedimiento vicioso, o han sido dictadas con infracción de la ley, y esta infracción ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo.

Como sabemos el recurso de casación se clasifica en casación en la forma y casación en el fondo, según se persiga la invalidación del fallo dictado con omisión de las formalidades legales o en procedimiento vicioso, en el primer caso o dictado con infracción de ley en el segundo.

#### 2.1.1. Casación en la forma

<sup>81</sup> Juan Agustín Figueroa, Apuntes de Clases, curso de Derecho Procesal III 1999, Universidad de Chile.

La casación en la forma debe fundarse en alguna de las causales contempladas en la ley, existiendo en materia civil 9 causales y 12 en materia penal, aunque este recurso no se contempla en la reforma procesal penal.

Del análisis de las causales de casación en la forma encontramos una íntima relación de algunas estas con las figuras que el Código Penal tipifica para el delito de prevaricación, tales son:

**1º La causal contemplada en el N° 2 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil y en el N° 7 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal: “En haber sido pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente.**

Esta causal se refiere tanto a tribunales unipersonales como a tribunales colegiados, en la medida que señala “...pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez...”.

Este juez debe estar o legalmente implicado o a su respecto debe encontrarse pendiente o declarada una causal de recusación.

Tratándose de implicancias, que es el compromiso más grave que tiene el juzgador, no se requiere que haya sido ni siquiera reclamada, sino que solamente se requiere que exista; y esto porque la causal de implicancia debe ser declarada de oficio por el tribunal, e importa tal grado de compromiso, tal manifiesta pérdida de imparcialidad que el juez que falla estando afectado por una causal de implicancia comete el delito de prevaricación. De esta manera, el legislador (siendo congruente con esta sistemática) exige solamente que exista la causal de implicancia, aunque ella no haya sido reclamada.

Esta causal encuentra su símil en materia penal con la figura prevista en N° 7 del artículo 224 del Código Penal: “Cuando con manifiesta implicancia, que le sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil.”

**2º La causal contemplada en el N° 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil: En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.**

**Causal que además se encuentra regulada de manera dispersa en los números 1, 2, 3, 5 y 12 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal.**

El artículo 795 del Código de Procedimiento Civil establece cuales son los Trámites Esenciales en Primera o Única Instancia, en materia civil:

- 1.º El emplazamiento de las partes en la forma prescrita por la ley;
- 2.º El llamado a las partes a conciliación, en los casos en que corresponda conforme a la ley;
- 3.º El recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con arreglo a la ley;
- 4.º La práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión;
- 5.º La agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquella contra la

cual se presentan;

6.º La citación para alguna diligencia de prueba; y

7.º La citación para oír sentencia definitiva, salvo que la ley no establezca este trámite.

A su vez el artículo 800 del Código de Procedimiento Civil establece cuales son los Trámites Esenciales en Segunda Instancia

1.º El emplazamiento de las partes, hecho antes de que el superior conozca del recurso;

2.º La agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquélla contra la cual se presentan;

3.º La citación para oír sentencia definitiva;

4.º La fijación de la causa en tabla para su vista en los tribunales colegiados, en la forma establecida en el artículo 163; y

5.º Los indicados en los números 3, 4 y 6 del artículo 795 en caso de haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 207.

Respecto de las omisiones que acarrearán según la ley expresamente nulidad sólo encontramos aquella establecida en el inciso final del artículo 61 del Código de Procedimiento Civil: "La autorización del funcionario a quien corresponda dar fe o certificado del acto es esencial para la validez de la actuación."

Esta causal de casación se relaciona con las figuras de prevaricación contempladas en el artículo 224 N° 2 y 225 N° 2, la primera que sanciona la forma dolosa y la segunda la culposa.

Artículo 224 N° 2 del Código Penal: "Cuando a sabiendas contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial".

Artículo 225 N° 2 del Código Penal: "Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables: Contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial"

### **2.1.2. Casación en el fondo**

En materia civil existe una causal genérica de interposición del recurso de casación en el fondo, cual es la "infracción de ley que influye substancialmente en lo dispositivo del fallo", en tanto que en materia penal existen causales específicas de interposición del recurso, aunque en todas ellas llevan aparejadas un error de derecho que tiene la misma influencia.

La expresión "error de derecho" es más amplia que la expresión "infracción de ley", porque el derecho va más allá que la ley, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha estimado que el error de derecho que se invoca como legitimante de un recurso de casación en el fondo siempre y necesariamente debe producirse en infracción de ley, de

manera que ha establecido una relación de sinonimia, para los efectos de casación en el fondo, entre estas expresiones.

Se entiende que hay infracción de ley cuando:

Cuando se contraviene su texto formal.

Cuando se la interpreta erróneamente, de acuerdo a las normas de los artículo 19 a 24 del Código Civil.

Cuando se hace una falsa apreciación de la ley. Aquí se aplica la ley a una situación no regulada por ella o, a la inversa, cuando deja de aplicarse a un caso para el cual fue dictada.

En nuestro derecho autoriza la casación en el fondo tanto la infracción de una ley sustantiva como la de una de procedimiento y aún la de leyes especiales. La razón es que el tenor literal del Código de Procedimiento Civil no diferencia y habla lisa y llanamente de infracción de ley.

Sin embargo, cuando se trata de la infracción de una ley procesal debe tratarse de aquellas normas procesales que tienen el carácter de decisoria litis, pues solamente ellas pueden influir substancialmente en lo dispositivo del fallo y no puede, por consiguiente, tratarse de la infracción de una norma procesal de carácter ordenatoria litis.

Como veíamos el error de derecho puede producirse de tres formas, en general en cualesquiera de estos casos el error puede provenir de una acción deliberada, ignorante o negligente de el o los jueces, pudiendo incurrir en algunas de las causales previstas en los artículos 223 N° 1, 224 N° 1, 2 y 3 y 225 N° 1, 2 y 3 del Código Penal.

En el caso previsto en el artículo 223 N° 1: “Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil”, en este caso indudablemente existe un error de derecho, puesto no se ha aplicado la norma que debía aplicarse, bastará entonces con acreditar que el juez conocía la norma y que deliberadamente no la aplicó, la contravino o la interpretó erróneamente conociendo su verdadero sentido, para configurar esta forma de prevaricación.

La infracción de ley puede darse voluntariamente, por negligencia o ignorancia. En el caso de la infracción voluntaria nos hallamos en el caso previsto en el artículo 223 N° 1, pero si la infracción no es voluntaria y se incurrió en el error de derecho, este se produjo o por ignorancia del juez o jueces de la norma aplicable o del verdadero sentido o alcance de una disposición o por su negligencia en el estudio del asunto sometido a su decisión, pudiendo incurrir en algunas de las formas culposas de prevaricación si esta negligencia o ignorancia es de tal envergadura que no admita justificación o excusa. De tal manera que deberá sancionarse en caso de estimarse la inexcusabilidad del error.

### **2.1.3. El recurso de nulidad**

En la reforma procesal penal, los mismos fines perseguidos con el recurso de casación son alcanzados a través del recurso de nulidad, recurso que en definitiva tiene similares características con el de casación.

La ley procesal penal, a diferencia de la legislación anterior da una definición de

recurso de nulidad, en el artículo 372 inciso 1º del Código de Procesal Penal: “*Del recurso de nulidad*. El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley.”

Las causales para interponer el recurso de nulidad están contempladas en los artículos 373 y 374 del Código de Procesal Penal, las contempladas en el artículo 373 pueden ser asimiladas a las causales de casación en el fondo y las del artículo 374 a las causales de casación en la forma.

El artículo 373 dispone: “*Causales del recurso*. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

Quando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y

Quando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Como se ve, las causales previstas en este artículo son de fondo y extiende la casuística de la casación en el fondo, ampliándola de la sola infracción de ley a las infracciones a los derechos y garantías consagrados en el Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, garantizando así la debida protección de los Derechos Humanos.

Por lo anterior, el legislador ha considerado tan importante la debida protección de los Derechos Humanos garantidos por la Constitución y los tratados internacionales que cuando se recurre por la causal de la letra a) conocerá del recurso la Corte Suprema, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 376 del Código de Procesal Penal, en cambio la contemplada en la letra b) por regla general será conocida por una Corte de Apelaciones.

El artículo 374 contempla las causales de nulidad formales: Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:

Quando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; quando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez del tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por un tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por un menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio;

Quando la audiencia de juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286;

Quando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga;

Quando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio;

Quando, en la sentencia, se hubiere omitido algunos de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e);

Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, y

Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.

De la enumeración de causales prevista en esta artículo hemos subrayado aquellas que más se asemejan con algunas de a figuras de prevaricación, y respecto de ellos no remitiremos a lo señalado respecto de la causales de casación sea en la forma como en el fondo.

#### **2.1.4. Nulidad y casación**

Hemos visto que los recursos de casación en la forma y en el fondo y de nulidad se relacionan con algunas de las figuras de prevaricación, sin embargo podemos señalar sin temor a equivocarnos que aún cuando muchos de estos recursos sean acogidos por los tribunales, casi ninguno, por no decir probablemente ninguno, devendrá en una querrela por prevaricación en contra del juez o jueces que dictaron la resolución que motivo el recurso, la razón de ello puede ser encontrada en la intención del recurrente es reparar el daño que provoca la sentencia viciosa no una sanción para los que la han dictado, de modo que en la generalidad de los casos en que las resoluciones recurridas fueron dictadas con prevaricación del juez o jueces que las pronunciaron quedaran impunes.

## **2.2.-DE LA REVISIÓN**

---

El recurso de revisión está regulado según se trate en los artículos 810 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, 657 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y 473 y siguientes del Código de Procesal Penal y puede ser definido como la acción que se concede para invalidar sentencias firmes o ejecutoriadas que han sido obtenidas fraudulenta o injustamente, en los casos expresamente señalados en la ley.

Sabemos que las sentencias firmes o ejecutoriadas adquieren la fuerza de la cosa juzgada y por lo tanto son inmutables e inimpugnables, pero del examen de las causales para recurrir de revisión podemos afirmar que la mayoría son causales para reclamar del fraude, es decir, son sentencias obtenidas fraudulentamente. Por ello la doctrina, con justicia, ha llamado a la cosa juzgada de estas sentencias “cosa juzgada fraudulenta”, por que es el resultado de un montaje malicioso cuestión que es moralmente inaceptable, es la negación de la justicia, de modo que en homenaje al principio de la cosa juzgada se permite rever las sentencias obtenidas fraudulentamente o contrarias a otra pasada en autoridad de cosa juzgada.

Las causales para recurrir de revisión son muy estrictas, de ellas nos interesa especialmente las contenidas en el N° 3 del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil y artículo 473 letra e) del Código de Procesal Penal, en ellas se establece:

Artículo 810 N° 3 del Código de Procedimiento Civil: “La Corte Suprema de Justicia podrá rever una sentencia firme en los casos siguientes: N° 3 Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta,

cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término.”

Artículo 473 letra e) del Código de Procesal Penal: “La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos: e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia firme.”

La norma del procedimiento civil es más amplia que la contenida en la penal, pues ella se refiere en general a cualquier maquinación fraudulenta para ganar injustamente la sentencia, entre ellas debemos considerar no sólo aquellas sancionadas por las normas penales sino también los cohechos, violencias y maquinaciones fraudulentas sancionadas civilmente, a diferencia de la causal de revisión del Código Procesal Penal, que requiere expresamente el cohecho y la prevaricación de uno o más de los jueces dictaron el fallo injusto y que el cohecho o la prevaricación hayan sido declarados por sentencia firme criminal.

Respecto la norma civil nos merece algunas dudas que la prevaricación pueda ser considerada como maquinación fraudulenta, aunque en caso de existir el delito cabría intentar la revisión por esta causal.

Lamentablemente el Código de Procedimiento Penal no contempla ninguna causal de revisión por alguna prevaricación o cohecho, sin embargo la causal del N° 4 del artículo 657 del Código de Procedimiento Penal podría recurrirse de revisión en caso de que el juez o uno o más de los jueces que dictaron el fallo injusto, en dicha causal se exige que “con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriera algún hecho, o apareciera algún documento desconocido durante el proceso, que sea de tal naturaleza que basten para establecer la inocencia del condenado.”

La prevaricación del juez o uno o más de los jueces que han dictado la sentencia condenatoria nos parece puede considerarse, en determinados casos, como un hecho que por sí solo baste para establecer la inocencia del condenado. A pesar de lo anterior, no se ha considerado que esta causal sirva de sustento para rever la sentencia dictada con prevaricación del juez o uno o más de los jueces que la pronunciaron.

Destacable nos parece que la inclusión expresa de la prevaricación del juez como causal de revisión de las sentencias firmes, causal que no se contemplaba en la legislación anterior al Código Procesal Penal, a pesar de que la opinión unánime de todos los autores que tratan la materia señalen que la prevaricación constituye uno de los delitos más graves contra la justicia, que como se ha dicho “hay una especie de alevosía, no comparable con ninguna otra, en valerse de la autoridad pública, en prostituir la justicia, rebajando su administración a ese fango. No tengamos lastima de los que tal acción cometen. Si la ley es dura, convengamos en que debe serlo” (Pacheco)<sup>82</sup>. A pesar de frases tan duras como la transcrita, a pesar de todas las opiniones que condenan la gravedad de este delito, su comisión no daba lugar a la revisión de las sentencias pronunciadas con este vicio. Situación que no se condice con la jurisprudencia

---

<sup>82</sup> El delito de prevaricación judicial” Memoria de Prueba de Omar Ahumada Mora, Universidad de Chile, 1973, página 1.

que existe respecto del recurso de queja en que sentencia dictadas con faltas o abusos graves son modificadas en virtud de facultades disciplinarias, faltas o abusos que son cualitativamente menos graves que el delito en estudio.

### **3.- DE LAS IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES**

Esta materia se encuentra regulada en el Párrafo XI, Título VII del Código Orgánico de Tribunales, artículos 194 a 205 y artículos 113 a 128 del Código de Procedimiento Civil.

Todo el mecanismo de las implicancias y recusaciones mira a dos valores esenciales: la imparcialidad de los jueces y la independencia de respectivo órgano.

Como lo ha dicho Eduardo J. Couture, es posible que un juez no sea suficientemente ilustrado, y para esto existen mecanismos que miran a rectificar ciertos errores; pero lo que es de la esencia de todo juez es su imparcialidad. Para efectos de nuestra disciplina, se entiende que el juez es imparcial simplemente con:

No tener vinculaciones con las partes o los abogados de éstas, de tal naturaleza que lo inclinen en cierto sentido; por ejemplo, la amistad íntima, vínculos de parentesco, vínculos de acreedor-deudor, etc., vínculos que hacen que el legislador mire con cierta sospecha y dé la posibilidad a las partes y al juez del mismo de no entrar en el conocimiento del asunto;

No tener relación con el asunto, con la materia que está llamado a resolver; por ejemplo, que el juez haya emitido juicio en esa materia, esta circunstancia lo pondrá en la situación de ser alejado del conocimiento del respectivo asunto.

Como ya hemos dicho, miradas en conjunto, como un solo fenómeno, denominadas genéricamente como causales de inhabilidad podemos definir las causales de implicancia y recusación como ciertas circunstancias que miran a las posibles vinculaciones del afectado (juez u otros funcionarios auxiliares de la administración de justicia) con las partes o el conflicto, y que permiten alejarlas del conocimiento de un asunto determinado.

La circunstancia que las causales de implicancia y recusación importen un diferente grado de compromiso entre el juez respectivo, o el auxiliar, y la causa, las partes o sus abogados, lleva a que entre ellas haya diferencias muy fundamentales:

La implicancia debe ser necesariamente declarada de oficio por el afectado o por el tribunal a que pertenece; en cambio la recusación solamente es declarada a petición del afectado.

Las causales de implicancia no son renunciables; las de recusación si lo son.

La implicancia puede ser declarada y reclamada en cualquier estado de juicio; la recusación debe hacerse valer en estrechas oportunidades que en cada caso señala expresamente el legislador.

La implicancia produce nulidad procesal insaneable; la recusación que no se hace valer oportunamente no acarrea nulidad procesal.

El funcionario que entra a conocer de un asunto mediando causal de implicancia comete el delito ministerial de prevaricación; pero si conoce un asunto existiendo causal de recusación, no tiene responsabilidad penal, sin perjuicio de otro tipo de responsabilidades.

## 4.-DE LA QUEJA

El recurso de queja se basa en el principio jerárquico o piramidal de la organización del poder judicial, que conlleva también el principio disciplinario, en el sentido que en virtud de esta orgánica jerárquica o piramidal los superiores jerárquicos están encargados de vigilar la buena conducta funcionaria de sus subalternos, conducta que debe traducirse tanto en el cumplimiento de las comunicaciones que tienen como magistrados y funcionarios públicos como en la dictación de las respectivas resoluciones judiciales. Para decirlo de otra manera, la inconducta o infracción funcionaria, o sea el mal comportamiento funcionario, puede traducirse tanto en cuanto a la forma de desempeño como también en cuanto a dictar resoluciones que revelen un actuar abusivo o falta de sus deberes correspondientes. Así por ejemplo, si un juez vive perseguido por sus acreedores o es un bebedor compulsivo y se ve en estado de intemperancia o tiene una vida conyugal tormentosa, naturalmente se ha juzgado y con razón que todas estas cosas de conducta de alguna manera alteran la jerarquía y conllevan el desprestigio del Poder Judicial todo, y por tal razón los superiores jerárquicos están llamados a corregir esta situación.

En un comienzo se empezaron a interponer recursos de queja en contra de ciertas y determinadas resoluciones, y los tribunales superiores fueron muy renuentes para aceptar que por esta vía disciplinaria pudiese dejarse sin efecto una resolución judicial, y así en la época hubo varios votos de distinguidos ministros de la Corte Suprema que estimaron que esta vía no era la forma idónea para atacar una resolución judicial. El raciocinio que planteaban estos disidentes era que llegado a un caso extremo en que un juez comete prevaricación y como fruto de la prevaricación es condenado, la ley señala que la sentencia en que se cometió el acto de prevaricación subsiste como tal, salvo que haya sido objeto o pueda ser enmendada por recursos específicos y como consecuencia de esto decían que si en el caso extremo de prevaricación se reconoce la intangibilidad de la resolución judicial emitida no se puede pretender que por una simple inconducta funcionaria, en virtud de la facultad disciplinaria, se deje sin efecto la resolución judicial.

Sin embargo, esta posición minoritaria fue paulatinamente avasallada por la opinión unánime en el sentido de aceptar irrestrictamente la posibilidad de los recursos de queja contra toda clase de resolución y bastaba que se dijera que había una falta o abuso para que la Corte Suprema o por regla muy general las Cortes de Apelaciones conociesen de este llamado recurso de queja.

Se dijo en un momento que el recurso de queja se había convertido en la revancha de los hechos, o sea, que frente a la limitación de la casación en cuanto a que los hechos de la causa son intangibles, el recurso de queja se plantea como la vía indirecta,

produciéndose una verdadera tercera instancia

Frente a esto, el primer intento serio de poner cierto atajo a esta situación, fue un auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de queja que dictó la Corte Suprema, pero, se estimó que este intento de la Corte de restringir por esta vía el recurso de queja fue insuficiente y el legislador se abocó a regular el recurso de queja modificando muy particularmente las normas del Código Orgánico de Tribunales. También se dijo, que la Corte Suprema se había excedido en sus potestades al regular por esta vía los recursos procesales, porque la tramitación de los recursos procesales debe tener necesariamente como fuente la ley y no bastaba la simple voluntad de la Corte Suprema en la aplicación de sus facultades económicas. Sin embargo, es importante destacar que no obstante esta modificación legal, que reguló en forma más completa el recurso de queja, debe entenderse subsistente el auto acordado de la Corte Suprema en aquellas partes donde este auto acordado no está en contradicción con las normas legales pertinentes.

El recurso de queja es aquel intentado por una de las partes en un proceso, para que el superior jerárquico ponga pronto remedio a la falta o abuso contenida en la resolución dictada por el tribunal inferior con grave falta o abuso, mediante la enmienda, revocación o invalidación de la resolución, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que fueren procedentes que debe aplicar el tribunal pleno respecto de él o los jueces que dictaron la resolución.

El fundamento del recurso de queja es la infracción funcionaria de un juez que con falta o abuso dicta una resolución, términos que se relacionan a los contemplados en los artículos 223, 224 y 225 del Código Penal, en que las conductas sancionadas llevan en sí mismas faltas o abusos de los jueces.

De alguna manera, a través del recurso de queja se persiguen los mismos principios contemplados al sancionar la prevaricación, la sanción al juez o jueces que ha faltado a la correcta administración de la justicia.

El artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales establece que “el recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidas en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional” y regulado además en los artículos 535, 536, 541, 545, 548, 549 y 551 del Código Orgánico de Tribunales.

La competencia de los tribunales nacionales para conocer de los recursos de queja emana del artículo 79 de la Constitución Política del Estado que establece: “La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación...” De las facultades correccionales emana el recurso de queja y su aplicación tiene un sentido eminentemente sancionador de las conductas de los jueces por las infracciones que cometen en el ejercicio de sus cargos.

Sin embargo, este recurso fue utilizado por muchos años para atacar resoluciones contra las que las partes no podían recurrir con otro tipo de recursos (reposición, apelación, casación, etc.) generándose un abuso de los particulares en el uso de este recurso de carácter correccional, permitiendo recurrir contra resoluciones legítimamente dictadas cuando no habían otro tipo de recursos, utilizando en definitiva para enmendar, modificar o invalidar resoluciones, sin pretender la sanción del juez que ha dictado una resolución judicial con falta o abuso, generándose así la necesidad de una reforma legal

para reducir el ámbito de procedencia de este recurso. Mediante la reforma introducida por la ley N° 19.374, se persiguió reducir la procedencia del recurso de queja, estableciéndose los requisitos que debían concurrir para ser deducido con motivo de la dictación de un resolución judicial y estableciéndose su incompatibilidad con la interposición de otros recursos jurisdiccionales; y además persiguió establecer la preeminencia de sus naturaleza correccional, contemplando la obligación del tribunal pleno de aplicar la sanción disciplinaria en el caso de ser acogido.

Reducido el ámbito de procedencia del recurso de queja, se limitó a las partes la posibilidad de usarlo como un subterfugio para obtener la modificación de las resoluciones que les resultaban adversas aún que no existiese falta o abuso alguno del juez al dictar la resolución, pero asimismo se ha restringido la posibilidad de recurrir de queja frente a las faltas o abusos efectivamente ejecutados en resoluciones que no tienen el carácter de sentencia definitiva o interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación, con el peligro que los jueces cometan faltas o abusos en que no sean sancionados.

En la antigua regulación del recurso del queja, la regla general respecto de su procedencia disponía, en el artículo 545 N° 4: “Los tribunales superiores de justicia conocerán de los recursos de queja que las partes afectadas interpusieren para la corrección de cualesquiera faltas o abusos que los funcionarios judiciales cometieren en la dictación de resoluciones y especialmente en los casos que siguen:

4°. Cuando con falta o abuso dictaren cualquiera resolución en perjuicio de alguna de las partes.”

La ley N° 19.374 reemplazó el artículo 545, no conteniéndose en la actualidad ninguna enumeración respecto de los casos de faltas y abusos, sino que establece genéricamente en su inciso primero que “el recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional”.

La Corte Suprema a través de la jurisprudencia ha ido delimitando los casos en que nos encontramos ante una falta o abuso, siendo ellos los siguientes:

**Contravención formal de la ley:** se produce cuando el juez no obstante el texto claro y expreso de la ley, se aparte de ella en la dictación de una resolución judicial.

**Interpretación errada de la ley:** se produce cuando el tribunal al aplicar la ley incurre un error de interpretación al vulnerar las reglas legales establecidas para ese efecto, en especial las contempladas en los artículos 19 a 24 del Código Civil.

**Falsa apreciación de los antecedentes del proceso:** se produce cuando se dicta una resolución judicial o falla arbitrariamente, apreciándose erróneamente los antecedentes del proceso para la dictación de una resolución.

El recurso de queja debe ser presentado directamente ante el tribunal superior jerárquico de aquel que dictó la resolución en que se cometió la falta o abuso y es conocido por una sala del mismo.

Este tribunal, una vez terminada la vista de causa deberá pronunciarse acerca del recurso, acogiéndolo o rechazándolo, teniendo amplia facultada para poner remedio al

mal que motivo su interposición, en caso de ser acogido, pudiendo al efecto invalidar, modificar o enmendar la resolución en que se cometió la falta o abuso.

En la práctica y hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.374 los tribunales se limitaban a acoger el recurso de queja modificando la resolución por existir falta o abuso pero no ordenaban que se pasara los antecedentes al Pleno para dictar la resolución que importara la aplicación de sanción disciplinaria que merece una falta o abuso grave.

Esta situación no importaba sólo un contrasentido, sino que llevó a desvirtuar el recurso de queja, que no está consagrado como una emanación de las funciones jurisdiccionales de los tribunales, sino de las facultades disciplinarias que ellos poseen. No es posible que se ejerza la función jurisdiccional en virtud del recurso de queja sino que como una consecuencia de la aplicación de una sanción disciplinaria por una falta o abuso grave o flagrante, puesto que en caso contrario, sólo nos encontraríamos ante un recurso jurisdiccional que corresponde sólo ser creado por el legislador y no por la jurisprudencia.

Con el fin de remediar esta situación se dispuso en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, reemplazado por el Ley N° 19.374, que:

“En caso de que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que proceda, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada.”

Respecto de esta materia, es menester tener presente que la mayoría del pleno de nuestra Excm. Corte Suprema ya ha establecido el criterio de que la norma legal en comento no la obliga a aplicar una sanción disciplinaria en caso de ser acogido en recurso de queja por una de sus salas. En sentencia de 26 de junio de 1996:

“Que el artículo 79 de la Constitución Política de la República otorga a la Corte Suprema la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la nación, con la sola excepción de aquellos que el mismo precepto enumera.

“Concordante con lo anterior los artículos 96 N° 4 y 98 N° 6 del Código Orgánico de Tribunales establecen que corresponde al pleno de este mismo tribunal la facultad de aplicar medidas disciplinarias con motivo del ejercicio de las indicadas atribuciones.

“Que, por su parte, el inciso final del artículo 545 del mismo Código Orgánico señala que: “En caso de que un tribunal de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que proceden, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada.”

“Que la materia de que conoce actualmente esta corte deriva precisamente, de que esta última disposición, toda vez que en razón de haberse acogido un recurso de queja

por una sala de esta corte, se ha ordenado dar cuenta a este tribunal pleno de los antecedentes correspondientes para los efectos de la aplicación de las medidas disciplinarias que procedan imperativamente preceptuadas, según se aprecia, en la disposición legal recién transcrita.

“Que la aplicación del citado inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales resulta, evidentemente, violatoria del artículo 79 de la Constitución Política de la República, por cuanto la expresada ley no puede disminuir las atribuciones constitucionales privativas de esta Corte limitando o constriñendo su amplia facultad de imponer o no medidas disciplinarias en los supuestos de darse acogida a un recurso de queja.

“Que el artículo 80 de la Constitución Política permite a esta Corte, de oficio, en las materias de que conozca, declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a Constitución.”

La ley ha establecido en forma obligatoria la aplicación de una sanción en caso de acogerse el recurso de queja, ello nos parece razonable y hasta favorable para la correcta administración de la justicia, debido a que antes de la entrada en vigencia de la norma que hace obligatoria la sanción los jueces que dictaban resoluciones con falta o abuso y que estas resoluciones fueron invalidadas o enmendadas mediante facultades disciplinarias de los superiores jerárquicos no recibían sanción alguna, alegando el tribunal “por no haber mérito para ello”

Algunos ha criticado esta norma que obliga al tribunal pleno a sancionar con al menos amonestación privada pues ven en ella una limitación a las facultades disciplinarias que le son propias al tribunal pleno, pues la decisión de una sala, que podría estar integrada por minoría de miembros de la Corte (por ejemplo, un ministro, un fiscal y un abogado integrante) obligaría al tribunal pleno a sancionar aun cuando no estimase procedente la sanción.

Por lo mismo es que han surgido voces que piden que derechamente que este recurso sea conocido por el tribunal pleno y no por una sala del mismo.

La inconstitucionalidad esgrimida por la Excm. Corte Suprema en el fallo transcrito no nos parece plausible, estimamos que no es justificación para dejar sin castigo la falta o abuso grave contenida en una resolución, creemos que siempre que sea acogido un recurso de esta naturaleza debe sancionarse al juez o jueces que dictaron la resolución abusiva.

Ello es así, por que del análisis de los casos en que según la jurisprudencia se hace procedente este recurso, podemos concluir que estos tienen una estrecha relación con los casos establecidos en la ley para perseguir la responsabilidad penal de los jueces por el delito de prevaricación, especialmente a los tipificados en los artículos 223 N° 1, 224 N° 2 y 225 N° 2 del Código Penal.

Decíamos que a través del recuso de queja se persigue la falta o abuso grave cometida por un juez al dictar una resolución, pero existe también la queja disciplinaria o queja propiamente tal.

La queja propiamente tal tiene por objeto sancionar la falta o abuso ministerial

cometido por los jueces en el ejercicio de sus funciones, cuando aquéllas no incidan en la dictación de resoluciones judiciales; haciéndose efectiva mediante la reclamación verbal o escrita que formula el agraviado ante el órgano jurisdiccional superior en jerarquía que corresponda.

Así por ejemplo que el juez concurre borracho a los estrados, sería causal de queja disciplinaria y no de un recurso de queja, o que el juez no cumpla con las obligaciones propias de sus funciones o no lo haga con la celeridad necesaria o exigiendo tramites no contemplados en la ley y, en general, cualquiera de las conductas que por ley se deben abstener de realizar o no hacer lo que por ley deben hacer o que por decoro por poder judicial no deben hacer, etcétera, son susceptibles de queja disciplinaria.

La queja propiamente tal, no afecta la validez, ni va a modificar la resolución que haya podido emitir ese juez. Si se quiere modificar esa resolución habría que intentar el recurso de queja.

Entonces la queja es el medio establecido por la ley para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de los jueces por falta o abuso que incida en su conducta ministerial, que implique incumplimiento de deberes y prohibiciones a que estén afectos.

Se puede interponer verbalmente o por escrito ante el tribunal inmediatamente superior del juez acusado o directamente ante la Corte Suprema y tiene por finalidad la sola aplicación de medidas disciplinarias.

Los fallos que acogen las quejas deben contener los fundamentos demostrativos de la falta, abuso, incorrección o actuación indebida; aplicarán sanción disciplinaria, si se estima procedente, y determinará las medidas necesarias para remediar al mal causado.

Respecto de las sanciones impuestas a los funcionarios judiciales en virtud de una queja disciplinaria o de un recurso de queja es necesario preguntarse si estas serían compatibles con sanciones penales por los mismos actos, en virtud del principio *ne bis in idem*, en caso de coexistencia de un delito y una infracción funcionaria. Pues cabría el caso en que un juez o funcionario sancionado en virtud de las facultades disciplinarias de sus superiores se le formularan, luego, cargos fundados en los mismos hechos por prevaricación u otro delito.

El principio *ne bis in idem* en su vertiente material se extrae de los principios de legalidad y tipicidad e impide la duplicidad de sanciones en los casos en que aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

En los casos previstos en los artículos 223 y siguientes del Código Penal no cabe duda que el juez ha actuado con falta o abuso grave, máxime si su conducta esta tipificada penalmente, pero será posible que duplicar las sanciones de modo que se le castigue tanto en uso de las facultades disciplinarias de los tribunales como por el delito.

Para la aplicación del principio *ne bis in idem*, decimos era necesario la identidad de sujeto, hecho y fundamento, las dos primeras circunstancias no cabe duda que concurren, pero respecto del fundamento de ambas sanciones cabe hacer algunos análisis.

La sanción disciplinaria y la sanción penal tiene su fundamento en la protección de un bien jurídico, en caso de ser el mismo la diferencia entre una y otra sería meramente

cuantitativa, es decir los actos revisten mayor o menor gravedad, “rechazando la aplicación simultanea de ambas sanciones a un mismo hecho”, pero, si en cambio el bien jurídico fuere diverso la diferencia sería cualitativa y por ende se podrían aplicar ambas sanciones.

En la sanción disciplinaria el bien jurídico protegido se extrae de los actos sujetos a sanción, que son las faltas o abusos graves a los deberes del cargo, a su vez nosotros adherimos a Sebastián Soler en su concepto de bien jurídico protegido en la prevaricación es la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia.

Ambos bien jurídicos en si no distan mucho el uno del otro, bien se puede decir que el primero cabe dentro del segundo, al respecto García Arán señala: “si se sigue manteniendo una concepción subjetiva del deber de cargo –verdadero bien jurídico protegido en las infracciones disciplinarias-, no resulta posible su diferenciación de los delitos de los funcionarios. Por eso, en estos últimos, ha de reformularse la noción de bien jurídico, que giraría en torno a la objetivación del deber sin necesidad de centrar por ello el injusto en a relación funcional. Así nos recuerda que “los deberes de cargo son también los deberes en relación al administrado”. No puede entenderse la idea del correcto ejercicio de la función publica sin atender a los deberes propios del funcionario (juez) que la desempeña. En consecuencia en los delitos de funcionario se protege la actividad de prestación “hacia fuera”, mientras que en los ilícitos disciplinarios será el ejercicio “hacia adentro”.<sup>83</sup>

## 5.-QUERRELLA DE CAPÍTULO

La querrela de capítulos se encuentra regulada en el Libro III, artículos 623 a 632 del Código de Procedimiento Penal, bajo el título “De los procedimientos especiales”, éstos, aún cuando reciben ésta denominación del legislador, consisten más bien en ante juicios, es decir, tramitaciones especiales previas para poder iniciar un juicio de acuerdo con las reglas generales. También es tratada en el libro IV título VI, artículos 424 a 430 del Código de Procesal Penal.

La referida querrela, “tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces y oficiales del Ministerio Público por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones que importen una infracción penada por la ley.

Puede ser deducida por el Ministerio Público o por un individuo particular” (artículo 623 del Código de Procedimiento Penal).

La disposición transcrita no otorga una idea clara del carácter de antejuicio de la querrela, es por ello que ha sido definida en doctrina como: *Un procedimiento previo que tiene por objeto declarar si hay o no mérito para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces y oficiales de Ministerio Público por actos cometidos en el desempeño de*

---

<sup>83</sup> José Luis González Cussac. El delito de prevaricación de funcionario público. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 33

*sus funciones y autorizar la iniciación del correspondiente juicio ordinario criminal.*

Tribunal competente para conocerla

Como es sabido, el Poder Judicial goza del privilegio de jurisdicción o fuero, por lo cual, los magistrados deben ser juzgados por un tribunal superior, en consecuencia, y por aplicación de las diversas disposiciones que el Código Orgánico de Tribunales otorga en ésta materia, podemos decir:

Si la querrela se interpone en contra de un juez de letras, será competente para conocer de ella un ministro de Corte de Apelaciones, conforme al artículo 50 N° 4.

Si se deduce contra un ministro o fiscal de Corte de Apelaciones, corresponde conocer al Presidente de la Corte Suprema, de acuerdo a lo dispuesto en el 53 N° 2.

Si se interpone en contra de los ministros o del fiscal de la Corte Suprema, conocerá el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, de conformidad al artículo 51 N° 2.

Quienes pueden deducirla

La querrela de capítulos tiene como fundamento amparar a los jueces de acusaciones injustas, carentes de seriedad, en éste sentido, no es más que una de las garantías establecidas por el Código Orgánico de Tribunales en el párrafo 8° del Título 10 “De la responsabilidad de los jueces”, para evitar a éstos acusaciones o demandas injustas. En éste sentido, y en atención al sujeto activo de la querrela existen algunas garantías otorgadas a los jueces, a saber:

1º) *Si la querrela es deducida por un particular* es necesario que se cumplan algunos requisitos de admisibilidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 329 y 330 del Código Orgánico de Tribunales:

Que se haya concluido por sentencia firme el proceso en que se supone causado el agravio;

Que la parte haya entablado oportunamente los recursos que la ley franquea para la reparación del agravio;

Que se reclame dentro del plazo de seis meses contados desde que se hubiere notificado al afectado la sentencia firme recaída en la causa en que se supone causado el agravio; tratándose de personas no directamente ofendidas con el delito el plazo de seis meses se contará desde la fecha en que se haya pronunciado la sentencia firme.

2º) *Si la querrela es deducida por el Ministerio Público*, el cual puede actuar de oficio o a requerimiento de algún tribunal, no es necesario que se cumplan los requisitos antes señalados.

Requisitos de la querrela

El escrito en que se formule deberá contener:

1.- La especificación precisa de los capítulos de acusación, esto es, de los delitos que se cree cometidos por el juez acusado.

2.- La indicación de los hechos que constituyen la infracción de la ley penal cometida por el funcionario.

3.- La firma del abogado, si la querella no es entablada por el ministerio público.

4.- El ofrecimiento de la fianza de resultas, si la querella no es entablada por el directamente perjudicado o por el Ministerio Público; el monto de dicha fianza, será fijado por el tribunal, tomando en consideración la gravedad de los hechos y la condición del querellante.

5.- Debe acompañarse con los documentos necesarios para el establecimiento de los hechos o, en su defecto, se indicará la oficina en que se encuentren, solicitando que se agreguen a los antecedentes; y si para acreditar los hechos es preciso rendir una información sumaria, se acompañará también la lista de testigos de que piensa valerse el querellante, debidamente individualizados.

### Tramitación

Admisibilidad: Interpuesta la querella por un particular ante juez competente debe conferirse traslado de la misma por tres días al ministerio público a fin de que éste dictamine sobre la procedencia de los capítulos de la acusación.

Evacuada la vista, el juez resolverá, dentro de los tres días siguientes, cuales capítulos son aceptados y cuales deben rechazarse por no ser legales o conducentes.

Si la querella es presentada por el ministerio público, el juez se pronunciará dentro de tres días respecto de la admisibilidad de los capítulos.

Contra la resolución que se pronuncia sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los capítulos cabe recurso de apelación.

### Tramitación de fondo:

Declarado admisible uno o más capítulos, deberá recibirse a prueba la querella, practicándose las diligencias probatorias ofrecidas.

Terminada la investigación, se pasan los autos al querellante, para que en el término fatal de seis días, exponga lo conveniente a su derecho.

De los cargos formulados por el querellante se dará traslado por seis días al querellado.

Finalmente se da vista al fiscal, para que éste dictamine dentro de los seis días siguientes, siempre que el ministerio público no fuera el querellante, caso en que ésta vista se le da antes de conferir traslado al querellado.

Evacuado el informe del ministerio público el tribunal deberá pronunciarse dentro de seis días en una resolución fundada respecto de si se acogen o no uno o más capítulos de la querella, resolución que en caso de no ser apelada deberá ser elevada en consulta al tribunal respectivo.

Hasta aquí la tramitación de acuerdo al sistema procesal penal antiguo, a continuación veremos las innovaciones introducidas en la materia por la reforma procesal penal, en los artículos 424 y siguientes del Código Procesal Penal:

El objeto de la querella es el mismo, salvo en cuanto se persigue hacer efectiva la responsabilidad jueces, fiscales judiciales (en la nomenclatura anterior se denominaban fiscales del ministerio público) y fiscales del ministerio público por actos que hubieren

ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importaren una infracción penada por la ley.

Admisibilidad: La querrela de capítulos en los casos de acción penal pública debe presentarla el fiscal una vez cerrada la investigación, cuando estimare procedente formular acusación por crimen o simple delito en contra de un juez, fiscal judicial o fiscal de ministerio público, remitiendo los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que si hallare mérito, declare admisibles los capítulos de acusación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 425 inciso 1º del Código de Procesal Penal. Mismo trámite deberá realizar si quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva de alguna de esas personas o alguna otra medida cautelar en su contra.

En caso de un delito de acción penal privada el querellante deberá concurrir a la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación por el juez de garantía la querrela que hubiere presentado por el delito.

La resolución que se pronunciare sobre la querrela de capítulos será apelable para ante la Corte Suprema.

Si la querrela de capítulos es declarada admisible: El funcionario capitulado quedará suspendido del ejercicio de sus funciones y el procedimiento penal continuará de acuerdo a las reglas generales. Pero en el caso del inciso primero del artículo 425, el juez de garantía fijará de inmediato la fecha de la audiencia de preparación del juicio oral que deberá verificarse dentro de los quince días a menos que el capitulado opte por los plazos previstos en la reglas generales a objeto de preparar mejor su defensa.

Si la querrela es declarada inadmisibile: En el caso de los delitos de acción penal pública la declaración de inadmisibilidad produce los efectos del sobreseimiento definitivo.

En el caso de los delitos de acción penal privada, el juez de garantía no admitirá a tramitación la querrela que ante él se hubiera presentado y archivará los antecedentes, si hubiese sido declarada inadmisibile por la Corte de Apelaciones correspondiente.

## **5.1.-ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE QUERRELLA DE CAPÍTULOS**

---

Hasta aquí hemos visto la tramitación de la querrela de capítulos tanto el Código de Procedimiento Penal como en el Código de Procesal Penal, ambos tiene como característica común ser un requisito previo de procesabilidad y tienen como finalidad evitar a los jueces y fiscales ser objeto “acusaciones injustas y carentes de seriedad y sólo cuando se haya declarado que los capítulos de acusación formulados son constitutivos de delito y están establecidos, se les declarará admisibles y podrá iniciar el verdadero juicio criminal contra el acusado”<sup>84</sup>.

El Código de Procedimiento Penal la querrela de capítulos tiene una serie de trámites que hacen de este procedimiento un sistema de muy engorrosa aplicación, desde luego, el hecho de establecerse dos informes del fiscal, además de una consulta al tribunal de

---

<sup>84</sup> Osvaldo López López, Manuel de Derecho Procesal Penal, 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1955, página 452

alzada en el caso de que el fallo no sea apelado, para recién establecer si puede iniciarse el sumario contra el referido funcionario, nos parece absolutamente excesivo.

La dignidad del cargo y la finalidad de evitar a estos funcionarios ser víctimas de acusaciones injustas y carentes de seriedad no puede ser obstáculo a las denuncias y querellas por delitos tan graves como la prevaricación o la corrupción de estos funcionarios pues la misma dignidad de la investidura hace necesaria la investigación más rigurosa contra estas personas en razón de bien jurídico tutelado.

El extremo cuidado puesto por el legislador en el sistema de la querella de capítulos para evitar la acusaciones injustas y carentes de seriedad convierte a los jueces en individuos prácticamente abstraídos de sanción penal y lo que es peor ni siquiera sus actos pueden ser objeto de investigación por el juez del crimen.

En el procedimiento de la reforma procesal penal la situación es menos engorrosa, de modo que el fiscal que conoce de un delito cometido por un juez, fiscal judicial o fiscal del ministerio público puede investigar libremente, pero al momento de acusar o intentar medidas cautelares contra una de estas personas debe pasar por el examen de la Corte de Apelaciones correspondiente.

La regla contenida en el artículo 425 del Código de Procesal Penal que entrega conocimiento de la admisibilidad de la querella de capítulos a la Corte de Apelaciones respectiva, siendo ésta la del lugar en que el juez ejerce las funciones que importaron una infracción penada por la ley.

En caso que la investigación se inicie por querella, en el procedimiento antiguo ésta deba origen al trámite de la querella de capítulos, en cambio, en el nuevo sistema procesal penal, habrá que distinguir si la acción penal es pública o privada. En caso de acción penal privada, será requisito para iniciar la investigación la declaración de admisibilidad de la querella a través del procedimiento de la querella de capítulos, pero en el caso de la querella por acción pública estimamos que el tribunal de garantía puede admitir a tramitación la querella e iniciar la investigación sin este tramite previo, mas para la aplicación de medidas cautelares contra el querellado o su acusación al cierre de la investigación será necesario previamente que la Corte de Apelaciones correspondiente declare admisibles los capítulos de acusación.

## 6.-CONCLUSIÓN PRELIMINAR

Hemos visto que a través de remedios procesales y disciplinarios las partes en un juicio pueden poner atajo a la injusticia y al torcido actuar de los jueces. La ley al sancionar la prevaricación no busca la reparación de la injusticia sino la sanción al funcionario que ha faltado a la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia.

Las partes en un pleito judicial desean que se haga justicia, que el juez les diga el derecho, por lo tanto, se conformarán con la obtención de la justicia, si durante el proceso se ha dictado una resolución injusta intentarán todos los recursos procesales y

disciplinarios que tengan a su alcance para que dicha resolución se enmiende, se invalide y en definitiva el injusto reparado, muy excepcionalmente perseguirán la sanción del juez o jueces que han dictado la resolución injusta.

La nula o bajísima cantidad de procesos por prevaricación no quiere decir que todos los jueces sean honestos y no cometan este delito, es más bien una consecuencia de que por medio del proceso por prevaricación no se consigue la reparación del injusto, situación que eventualmente podría cambiar en el marco de la reforma procesal penal que contempla como causal de revisión la prevaricación del juez o uno o más de los jueces que han dictado una sentencia condenatoria, pero qué pasará en los casos en que la sentencia sea absolutoria, la víctima obtendrá con la condena al juez prevaricador la sanción del reo absuelto y en materia civil se obtendrá la modificación del sentencia injusta.

La querrela contra el juez y su posterior sanción no reparará la injusticia, fin perseguido por las partes en el proceso, sólo obtendrá la sanción del juez delincuente. Valdrá la pena en ese caso intentar la querrela contra el juez, ciertamente después de un, probablemente largo proceso, no tenga sentido.

Más efectiva que la persecución de la prevaricación será interposición de recursos como el de queja, que sancionará rápidamente al juez que ha dictado una resolución con falta o abuso grave y se reparará el daño causa por dicha conducta o la casación o recurso de nulidad que dará oportunidad a las partes de restablecer el imperio del derecho y reparar la injusticia.

La acción penal por prevaricación encuentra en los recursos procesales y en las complejidades de la querrela de capítulos uno de sus acérrimos enemigos, dejando en consecuencia sin sanción a quienes han cometido una de la violaciones más graves a los derechos humanos, el derecho a la justicia, pilar fundamental del Estado de Derecho, cuestión que refleja la necesidad de revisar la legislación sobre este delito dando a las víctimas mayores y mejores herramientas de denunciar y perseguir este tipo de delito de modo que no quede impune. Al respecto hay que valorar los esfuerzos de nuestra Corte Suprema en tal sentido con la creación de la Comisión de Ética y otras iniciativas que buscan depurar al Poder Judicial de aquellos jueces que han faltado a sus obligaciones.



# CAPÍTULO III: Hacia una re-visión del concepto de prevaricación

Decíamos al analizar el bien jurídico protegido en el Capítulo Primero que la prevaricación se enmarca dentro de los delitos contra la administración de justicia, y que mediante ellos se tutela la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia, siguiendo entonces la doctrina de Sebastián Soler.

En el presente capítulo pretenderemos hacer una revisión del concepto de prevaricación con relación al bien jurídico, en torno a los conceptos del derecho a la justicia, como uno de los pilares del Estado de Derecho, a las resoluciones injustas, como resultado del prevaricato y la rectitud en la administración de justicia, como exigencia mínima en el actuar de los jueces.

## 1.- DERECHO A LA JUSTICIA.

Una de las bases del Estado de Derecho es, precisamente, la confianza en la imparcialidad de la Justicia, en que ella será administrada correctamente por los funcionarios del Estado, traducido en el "derecho a la justicia" que sin lugar a dudas es un derecho esencial del hombre y ha sido consagrado en las diversas legislaciones y

especialmente los tratados y declaraciones internacionales sobre la materia.

Así lo establece la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que entre sus consideraciones contempla:

“Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”

Contemplando en su artículo XVIII el “Derecho a la Justicia”:

“Artículo XVIII: Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”

Esta norma da un amplio horizonte de este derecho haciéndolo extensivo a toda persona, cuestión que tiene mucha importancia pues el acceso a la justicia no siempre es igual para todos, sea por motivos políticos, como en los casos del sin número de recursos de amparo a favor de personas que forman las listas de detenidos desaparecidos y ejecutados políticos y otras víctimas de tortura, recursos que fueron rechazados por las cortes chilenas durante la dictadura militar; sea por motivos económicos que impiden a muchas personas intentar acciones judiciales o procurarse la debida defensa; sea por otros motivos que en indeterminados casos han imposibilitado a personas a ocurrir a tribunales para hacer valer sus derechos, como ha sucedido con la discriminación por sexo, por condición social, por nacionalidad, etc.

Pero la garantía del derecho a la justicia no sólo está establecida para el ejercicio de acción civiles o criminales, sino que, expresamente se establece que se debe disponer “de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad”, cuestión que es nueva en la materia, puesto que la legislación ha establecido una serie de resguardos para las acciones intentadas contra las autoridades, sea a través del fuero parlamentario, de los presidentes y ex presidentes, jueces y otros funcionarios del Estado.

La prevaricación es, sin lugar a dudas, una de las formas en que la autoridad puede violar los derechos de una persona y consiste precisamente en el abuso de la investidura que la ley a dado a un funcionario público. Y siendo así, nuestras leyes debieran darnos un procedimiento sencillo y breve, como reza el artículo XVIII de la citada Declaración Americana, cuestión que como se ha visto, a través de la jurisprudencia citada en el capítulo primero y las excesivas exigencias de la querrela de capítulos explicada en el segundo, no ha sido ni sencillo ni breve, pero lo que es peor aún no ha sido efectivo.

La supresión del requisito de procesabilidad, cual es la querrela de capítulos, nos daría un procedimiento más sencillo y breve. Algunos alegarían que sin este importante resguardo los jueces se verían expuestos a denuncia y querellas muchas veces infundadas o sencillamente maliciosas. A nuestro parecer, es preferible correr el riesgo a tener este tipo de denuncias, a que los jueces prevaricadores se sienten tranquilamente

en sus estrados a cometer atropellos a los derechos de los que ante ellos litigan.

## 2.-RESOLUCIÓN INJUSTA.

La sentencia o resolución ha de ser injusta, en la injusticia está el elemento central de la prevaricación, el juicio de reproche que justifica la sanción. “La injusticia puede provenir de la absoluta falta de competencia por parte del sujeto activo, por la inobservancia de esenciales normas de procedimiento, o por el propio contenido de la resolución, de modo tal que suponga un "torcimiento del derecho", o una contradicción con el ordenamiento jurídico, tan patente y manifiesta, que pueda ser apreciada por cualquiera, dejándose de lado, obviamente, la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, que ocurre en tantas ocasiones en el mundo jurídico.”<sup>85</sup>

"Los diferentes delitos de prevaricación exigen como **elemento objetivo** la absoluta notoriedad de la injusticia, faltando tal elemento cuando se trata de apreciaciones que en uno u otro grado son discutibles en derecho. Sólo cabe prevaricación, cualquiera que sea su clase -judicial o administrativa- o su modalidad de comisión -dolosa o culposa- cuando de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carece de toda explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a derecho... pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba. Y así, esta Sala viene utilizando con frecuencia los términos de "patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico", "tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera"... "se reserva el Derecho Penal para aquellos casos de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate, conforme al principio de intervención mínima"<sup>86</sup>

El infracción prevaricante del derecho se puede apreciar cuando el juez haya superado los límites del ámbito de aplicación que la ley le da o cuando en el ejercicio de sus poderes se haya motivado por consideraciones espurias y no jurídicas. La resolución será precisamente injusta cuando ella suponga un ataque a la legalidad, una contradicción con el ordenamiento jurídico. Imponiéndose una perspectiva objetiva, para definir el carácter injusto de la resolución, conforme a la cual no habrá resolución injusta, cuando ésta se acomode a la legalidad, por sobre una perspectiva subjetiva que nos dirá que no habrá resolución injusta cuando en el fuero interno del juez que la pronunció exista la convicción de que era justa y conforme a derecho, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia.

Pero ¿Cualquier tipo de error jurídico es necesariamente una resolución injusta? Por cierto que no, cualquier error o equivocación no es necesariamente injusta, es necesario

---

<sup>85</sup> Tribunal Supremo Español, Causa Especial N° 2940/1997 Sentencia N° 2-1999 .

<sup>86</sup> Tribunal Supremo Español, Causa Especial N° 2940/1997 Sentencia N° 2-1999 .

que la ilegalidad sea grosera y evidente que revele por sí, la injusticia, el abuso o la ignorancia.

La nota de **injusticia** de la resolución, penalmente, se debe de buscar en aquellas infracciones que sobrepasan la legalidad vigente, cayendo en el campo de la licitud penal, es decir, ha de ser una decisión que se separe del Ordenamiento Jurídico de una manera palmaria y evidente, de tal modo que se convierta en manifiestamente injusta, separándonos de aquellas resoluciones ilegales por mero error o mala interpretación jurídica. Esto porque la injusticia de la resolución no sólo debe ser antijurídica, sino que debe ser además demostrativa de tal apartamiento (torcimiento) de la función que corresponde al autor dentro del Estado de Derecho.

“La jurisprudencia ha recurrido a estos efectos a adjetivaciones de la antijuridicidad tales como «flagrante y clamorosa», «clara y manifiestamente contraria a la ley», «esperpéntica», «que pueda ser apreciada por un lego», etc. Como se dijo últimamente en la STS nº 965/99 de 14-6-99, tales adjetivaciones suelen reemplazar un concepto sustantivo, que será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho.<sup>87</sup>” La cita deja de manifiesto que se ha buscado darle una nota especial de injusticia para estar frente a una figura de prevaricación, de lo contrario serían prevaricadores todos los jueces cuyas resoluciones ha sido revocadas mediante algún recurso.

### 3.-RECTITUD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

“El delito de prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho.”<sup>88</sup>

La injusticia de una resolución debemos buscarla por medios objetivos. Sabemos que el derecho no es una ciencia exacta, de manera que determinar la resolución correcta en un caso u otro no es absoluto, dejando siempre abierta la posibilidad de que frente a un mismo problema dos jueces resuelvan de manera diversa, sin que necesariamente una u otra resolución sea injusta. Pese a ello, no cualquier acto de un Juez será adecuado a derecho, pues ello implicaría reconocer que la única ley del Estado es la voluntad o la convicción de los Jueces.

Se excluyen, en consecuencia, de la prevaricación los casos de “las aplicaciones del derecho basadas en algún modo razonable de interpretar los hechos y la norma jurídica. El juez, por lo tanto, sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita. Puede recurrir según su parecer al método

---

<sup>87</sup> La ilicitud del delito de prevaricación judicial, Manuel Jaén Vallejo, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2002

<sup>88</sup> Tribunal Supremo Español Causa Especial Nº 2940/1997 Sentencia Nº 2-1999

gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión debe provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece. Lo que el Juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley. Tal tarea sólo corresponde al Parlamento. Por lo tanto, no es cierto que no se pueda saber cuál es la solución jurídicamente correcta en cada caso, pues toda resolución motivada de la manera que acabamos de explicar será jurídicamente correcta, en tanto exprese la voluntad del legislador o de la ley -en su caso- y no la del Juez.”<sup>89</sup>

El deber del juez en su recto actuar como administrador de justicia, es precisamente aplicar la ley al conflicto sometido a su decisión, subsumir la norma al caso concreto o como quiera decirse. Naturalmente, será discutible en un caso u otro la aplicación de determinada norma u otra o si la interpretación de ella deba hacerse por un método u otro. Pero lo que no es discutible es que el juez no puede construir soluciones basándose en su particular visión del derecho o del asunto sometido a su conocimiento, convirtiendo su voluntad en ley, cuestión que es incompatible con cualquier sistema jurídico basado en el imperio de la ley y la vigencia del Estado de Derecho.

No se puede olvidar que el sujeto activo de este delito es un juez, persona letrada, conocedor del derecho: la prevaricación es un delito de “técnicos en derecho”, de manera que en las resoluciones prevaricadoras necesariamente habrá razonamientos, consideraciones y argumentos encubridores de la antijuridicidad de la resolución, de modo que no es tan cierto que la injusticia de la resolución aparezca tan clara o manifiesta a los ojos de cualquiera.

En general, podemos decir, que el juez prevarica no sólo cuando se aparta del texto legal sin apoyo en razones jurídicamente fundadas, sino también cuando utiliza el texto legal en forma torcida, imponiendo consecuencias jurídicas claramente desproporcionadas a alguna de las partes. Es decir, cuando el juez se aparta de la función judicial que le es propia y que forma parte del Estado de Derecho e incurre en una aplicación del derecho que se ha efectuado desconociendo los medios y métodos de interpretación aceptables en el Estado de Derecho que sustenta y justifica su función. En dichos casos, serán siempre aplicables los conocidos adjetivos de «manifiestamente injusta», «ignorancia inexcusable», etc., pues estaremos ante un apartamiento grave del imperio del derecho.

## 4.- CONCLUSIÓN PRELIMINAR.

Luego del análisis desarrollado más arriba podemos concluir que la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia, a nuestro juicio, no pueden ser visto como los fines perseguidos por el derecho penal al castigar la prevaricación, puesto que esta visión corresponde más a un criterio estatal, de la autoridad que vela por el correcto actuar de sus dependientes, que a una visión de la comunidad preocupada de que los organismos estatales funcionen como es

---

<sup>89</sup> La ilicitud del delito de prevaricación judicial, Manuel Jaén Vallejo, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2002

debido.

“Si como dice Enzensberger “los poderosos sin los impotentes son impotentes”, no se trata de un interés en observar el poder de los poderosos, en si abusan de él; pues la mera ostentación de poder significa ya en si misma, un abuso en relación a aquellos sobre los que es ejercido; por lo que resaltar la desmesura en el empleo del poder, el abuso de poder, el abuso de un abuso, no significa, al cabo, sino resaltar una insatisfactoria situación de hecho, cuya raíz (el origen de la insatisfacción) no está en el abuso, sino en la ostentación del poder y cuya critica y resolución no se sitúan, así, en el ámbito del derecho penal, pues, de este modo, el derecho penal sólo ayudaría a su mantenimiento. Se trata de dejar abierta esta posibilidad, como eventualmente ejercitable, para que se peche con ella desde otros campos de la vida social, y actuar desde el derecho penal sobre el otro término de la relación, esto es: atribuyendo poder a los impotentes, que puedan esgrimir frente a los poderosos, frente a la administración, que adquiere así su autentico carácter de instrumento, como cuadra a la normal relación entre administrador y dueño de lo administrado, que no tiene porque verse alterada en su fundamento último, cuando el primero es la administración pública y el segundo es la sociedad. Lo que no implica la total cosificación del administrador, porque también el funcionario es individuo, sino de la función, de la actividad que desempeña”.<sup>90</sup>

La acción penal por el delito de prevaricación es precisamente entregarle un poder a los miembros de la sociedad para dirigirse contra los que ostentan el poder, es darle a los miembros de la comunidad las herramientas para exigirle al administrador (en este caso al que administra justicia) que rinda cuenta de su administración y responda por sus malos actos.

El bien jurídico protegido es justamente el derecho a la justicia y su pronta y recta administración, la aplicación de la ley de acuerdo a reglas comunes y generales para todos y que los funcionarios del estado actúen dentro del marco legal vigente. En ello va comprometido el interés general de la sociedad, el interes particular de sus miembros y el interés del propio Estado para la prosecución de sus fines.

---

<sup>90</sup> La prevaricación del funcionario público, Emilio Octavio De Toledo, Madrid, 1983.

## CONCLUSIÓN.

En los tres capítulos que forman este trabajo hemos querido explicar en que consiste la prevaricación, porque en nuestra jurisprudencia no hay sanción a este delito y cual es nuestra visión respecto de la importancia de su sanción.

Creemos que nuestra legislación sobre el tema es insuficiente y debe ser reformada en profundidad, desde la garantía de impunidad que implica la exigencia de procesabilidad de la querrela de capítulos a las figuras tipificadas como prevaricación hasta la modificación de éstas.

La protección de la función judicial y la dignidad del cargo de juez no requiere, a nuestro juicio, de la existencia de la criticada querrela de capítulos, si los jueces son personas honestas y sus resoluciones son una manifestación de la ley aplicada a un caso concreto ningún temor han de tener de que los perjudicados por una resolución que creen injusta intenten una acción contra ellos, puesto que la legitimidad de su actuar será siempre una garantía de inocencia.

Creemos que en nuestra realidad judicial hay muchos casos de resoluciones injustas, cuyo contenido no se sustenta en ninguna norma legal o principio de equidad, siendo necesario indagar si el acto de dictar dichas resoluciones es constitutivo de delito.

Somos críticos a la tipificación del delito de prevaricación, pues se sancionan conductas que no dicen relación alguna con la naturaleza jurídica de este delito, como son los casos contemplados en el nº 3 del artículo 223, y el artículo 226 del Código Penal, que estimamos debería tener un tratamiento independiente.

Respecto a las conductas verdaderamente constitutivas de prevaricación creemos que en su hipótesis dolosa debiera eliminarse la exigencia de dolo directo. Sancionándose al juez que ha dictado una resolución injusta en contra de ley expresa y vigente, o que ha denegado o retardado la acción de la justicia sea por acción u omisión, -por acción dictando resoluciones injustas que denieguen justicia o la retarden innecesariamente y en la modalidad omisiva por no haber dictado resolución alguna debiendo hacerlo-, cuando actúe con dolo directo, indirecto o eventual. Manteniendo por cierto, la figura culposa.

Con figuras penales que sancionen los actos indicados en el párrafo anterior pensamos que se garantiza a la comunidad la sanción penal a aquellos jueces que tuercen la justicia, la tipificación del delito se acerca más al bien jurídico protegido que a nuestro juicio es el derecho a la justicia y su pronta y recta administración.

Por otra parte, ya destacamos que en materia de la reforma procesal penal se puede revisar una sentencia condenatoria dictada con prevaricación del juez o uno o más de los jueces que la hayan pronunciado, pero nosotros hacemos un llamado a que no sólo sea en caso de sentencia condenatoria en materia procesal penal, también debe serlo en los casos de las sentencias absolutorias, puesto que la víctima y la sociedad también tiene derecho a la justicia, no sólo el condenado.

En materia civil también es necesario que así sea. Sí a través del recurso de queja, que se dicta en ejercicio de las facultades disciplinarias, se puede modificar una resolución pronunciada con grave falta o abuso, con mayor razón debe anularse o modificarse la resolución dictada con prevaricación, cuando esta es declarada por sentencia firme, sentencia que es pronunciada en ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA.

- Alessandri Rodríguez, Fernando Explicaciones de los Códigos de Procedimiento Penal y Civil, tomo III Derecho procesal penal, apuntes revisados por el profesor tomados por Osvaldo Vargas Barros, Editorial Nascimento, Santiago 1936.
- Alsina Acuña, Javier Delito de prevaricación, memoria de prueba, Universidad de Chile 1936.
- Benítez Sánchez, Santiago Derecho Penal peruano, comentarios a la parte especial del Código Penal, tomo II; editorial bibliográfica julio 1962, Lima Perú.
- Bullemore Vivian Apuntes de clases, Derecho Penal parte especial 1999.
- Casas Estévez Javier María La Prevaricación judicial, artículo publicado en Julio de 1999 en página web noticias.jurídicas.com
- Cea Egaña, José Luis Tratado de la constitución de 1980, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1988.
- Concha, José Vicente Tratado de Derecho Penal y comentarios al Código Penal colombiano, 5ª edición imprenta Ed Garrier Paris
- Cornejo, Gustavo Derecho Penal parte especial, tomo I Lima 1937.
- Cova García, Luis Elementos generales de Derecho Penal venezolano, tomo I, Caracas Venezuela 1945.
- Cuello Calón, Eugenio Derecho Penal revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Barcelona 1980.

- Cuello Calón, Eugenio Derecho Penal conforme al Código Penal de 1963 adaptado y puesto al día por César Camargo Hernández, volumen II, tomo I Editorial Bosch Barcelona 1967.
- Cuello Calón, Eugenio Código Penal de 8 de Septiembre 1928, Editorial Bosch Barcelona 1929.
- Cury Urzúa, Enrique Derecho Penal parte general, Segunda edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago 1992.
- De Roura Moreno, Edgardo H Derecho Penal parte especial, editorial Perrot, Buenos Aires 1955.
- Del Río Castillo, José Raimundo Derecho Penal, volumen II y III, Santiago 1935.
- Del Río Castillo, José Raimundo Manual de Derecho Penal, editorial Nacimiento, Santiago 1947.
- Díaz, Emilio C. El Código Penal para la República Argentina promulgado el 29 de Octubre de 1921, comentario a sus disposiciones. 3ª edición Buenos Aires librería "La Facultad" Juan Roldán y Cía 1928.
- Díez-Picazo Jiménez, Ignacio Poder judicial y responsabilidad, Editorial Gráficas Muriel S.A, distribuida por la La Ley, Madrid España 1990.
- Dromi, Roberto Los Jueces ¿Es la justicia un tercio del poder? Ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires 1992.
- Escriche, Joaquín Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Santiago 1977.
- Etcheverry, Alfredo Derecho Penal, volumen IV, 3ª edición Editorial jurídica de Chile, Santiago 1998.
- Etcheverry, Alfredo El Derecho Penal en la jurisprudencia, sentencias 1875-1966, tomo III parte especial, Editorial Jurídica de Chile 2ª edición, Santiago Agosto 1987.
- Fábrega, Ramón E. Código Penal con jurisprudencia de la Corte Suprema de Panamá desde mayo de 1959, editorial extraoficial, donación de Panamá IV 1963.
- Finzi Marcelo Código Penal de la nación Argentina. Córdoba 1948.
- Figueroa, Juan Agustín Apuntes de Clases, curso de Derecho Procesal III 1999, Universidad de Chile
- Fontán Palestra, Carlos Derecho Penal parte especial, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1959.
- Fuensalida, Alejandro Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno, Lima 1883.
- García Arán Mercedes Prevaricación e indulto, artículo diario El País Viernes 29 de Octubre de 1999.
- García Arán, Mercedes La Prevaricación judicial, Madrid 1990.
- Garrido Montt, Mario Derecho Penal parte general tomos I y II, editorial jurídica de Chile, Santiago 1997.
- Godoy Fonseca, Pablo Comentarios al Código Penal Venezolano que rige desde 16 de Septiembre 1926, tomo I, Caracas 1930, tipografía americana.
- González Cussac, José Luis El delito de prevaricación del funcionario público, Valencia

- 
- España 1994.
- González Rorera, Octavio Derecho Penal parte especial tomo III, Buenos Aires 1925.
- González, Teodosio Derecho Penal tomo II, tratado bajo el doble aspecto científico y social. Editorial La Colmena, Asunción 1928.
- Groizard Alejandro y Gómez Código Penal de 1870 concordado y comen de la Serna tado, tomo IV, segunda edición, Madrid 1912.
- Hidalgo García, Juan Antonio El Código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, tomo II Madrid 1908.
- Jaén Vallejo, Manuel La ilicitud del delito de prevaricación judicial. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología Nº 4, 2002.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j13.pdf>.
- Jiménez de Asúa, Luis Código Penales iberoamericanos, estudio de legislación comparada, Editorial Andrés Bello Caracas 1946.
- Jiménez de Asúa, Luis Defensas penales tomo III, Editorial Losada S.A. Buenos Aires 1943.
- Labatut Glana, Gustavo Derecho Penal, novena edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995.
- Loewenstein, Karl Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, 1986
- López López, Osvaldo Manual de Derecho Procesal Penal, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1955.
- Maggiore Giuseppe Derecho Penal parte especial, volumen III delitos en particular. Editorial Temis Bogotá 1955.
- Malagarrigas Carlos Código Penal argentino, precedentes, sentencias, notas. Tomo III; Buenos Aires librería "Cervantes" de Julio Suárez 1927.
- Manzini, Vincenzo Tratado de Derecho Penal tomo 10, segunda parte de los delitos en especial, volumen V; Buenos Aires 1961.
- Maturana Miquel, Cristián La jurisdicción, etimología, acepciones concepto y características, apuntes de Derecho procesal año 1999.
- Mezger, Edmund Derecho Penal parte especial libro de estudio, traducción de la 4ª edición alemana (1954). Editorial bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1959.
- Montes Olavarrieta, Leonidas De la prevaricación de abogados y procuradores, Editorial jurídica de Chile, Santiago 1963.
- Moraga Klenner, Claudio Apuntes del curso de Derecho administrativo, Universidad de Chile, año 2000.
- Oderico, Mario A. Código Penal anotado, tercera edición. Editorial Roque De Palma. Buenos Aires 1957.
- Octavio De Toledo, Emilio La prevaricación del funcionario público, Madrid 1983.
- Pantoja Bauza, Rolando Apuntes del curso de Derecho Administrativo, Universidad de Chile, año 2000.
- Petrovich Alexander Artículo en diario El Peruano, Lima Marzo 2002.

Pfeiffer Richter, Alfredo Oscar Apuntes de Derecho procesal del profesor Pfeiffer, tomo VII, Derecho procesal penal 1ª edición, impresos Ranco, Santiago Chile 1998.

Préndez Cáceres, Pedro El delito de Prevaricación de los jueces y abogados, Memoria Universidad de Chile 1944.

Puig Peña, Federico Derecho Penal, tomos II y IV, cuarta edición actualizada, Madrid 1955.

Real Academia de la Lengua Diccionario de la lengua española, vigésimo Española primera edición, Madrid 1992.

Redactores de la “Revista Derecho Penal parte especial, obra ajustada Legislación y jurisprudencia” al programa de 24 de junio de 1935 para el primer ejercicio de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de aspirantes a la judicatura. Tercera edición “Instituto editorial Reus” Madrid 1935.

Rodríguez Aguilera, Cesáreo El poder judicial en la Constitución. Editorial Bosch Barcelona España 1980.

Soler, Sebastián Derecho Penal argentino, 3ª reimpresión tomo V, Tipografía editora argentina, Buenos Aires 1956.

Tribunal Supremo Español Causa Especial Nº 2940/1997 Sentencia Nº 2-1999

Urzúa Valenzuela, Germán Manual de derecho constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1991.

Valbuena Manuel Novísimo diccionario español latino, España 1923.

Verdugo Marinkovich, Mario Código Penal, concordancias, antecedentes históricos, doctrina y jurisprudencia. Segunda edición editorial jurídica Conosur, Santiago Chile 1986.