

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

LUIS RODRÍGUEZ COLLAO

*Doctor en Derecho, Universitat de Lleida
Profesor Titular de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW

*Doctora en Derecho, Universidad de Navarra
Profesora de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA

Segunda edición actualizada

Colaboradores:

Guillermo Oliver Calderón
Juan Francisco Rivera Castro

© LUIS RODRÍGUEZ COLLAO
MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 174.620, año 2008
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta segunda edición
de 600 ejemplares en el mes de octubre de 2008

Impresores: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-1883-9



www.editorialjuridica.cl

CAPÍTULO III

LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE TUTELA PENAL

1. EXPLICACIÓN PRELIMINAR

Sabido es que el Código Penal chileno no contempla un apartado que agrupe a los delitos que atentan contra la *función pública*, y las figuras que pueden considerarse como lesivas de este interés se encuentran diseminadas a lo largo de dicho texto normativo. Pese a ello, es posible distinguir dos grupos de infracciones que tienen que ver con el incorrecto desempeño de esta clase de funciones.

Hay, en primer término, un grupo de delitos reunidos en torno a la figura del sujeto activo, que en la inmensa mayoría de los casos es un funcionario público y, muy excepcionalmente, algún particular, como abogados, procuradores y personas que administran fondos públicos. La mayor parte de los delitos de este grupo está concentrada en el Título V del Libro II, cuyo epígrafe reza: "De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos", y en el párrafo 4º del Título III, que trata "De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución".

Hay, también, otros delitos reunidos en torno a una particular modalidad ejecutiva, que es la *falsedad*, cuya fuente normativa es, básicamente, el Título IV del Libro II del Código Penal, entre los cuales se cuentan varios atentados en contra del correcto desempeño de la función jurisdiccional (como los delitos de falso testimonio, presentación de pruebas falsas y denuncia calumniosa).

En uno y otro caso, la doctrina está conteste en que la agrupación de los delitos no debió efectuarse a partir del sujeto activo o de una específica modalidad de ejecución, sino a partir del bien jurídico protegido, el que suele identificarse como el correcto desempeño de



la administración pública, en el caso del primer grupo, y el correcto desempeño de la función jurisdiccional, en el segundo.

También es común que la doctrina reconozca que el correcto desempeño de una función pública también está presente en otros delitos diseminados a lo largo del Código Penal, pero que en éstos ha predominado el desvalor del ataque a otros intereses, como sucede, por ejemplo, en figuras tan disímiles como las que contemplan los artículos 119 y 388 de dicho Código.

Este esquema de sistematización –que predominó durante el período de la Codificación penal, particularmente en España e Iberoamérica– aun subsiste en varios países, aunque con ciertas matizaciones. El Código Penal español de 1995, por ejemplo, creó un apartado especial para los Delitos contra la Administración Pública y otro para los Delitos contra la Administración de Justicia (Títulos XIX y XX, respectivamente), trasladando al segundo las figuras de prevaricación judicial que tradicionalmente habían formado parte del grupo de los delitos cometidos por funcionarios públicos, denominación esta última que simplemente fue desechada.¹ Se mantuvo, sin embargo, un apartado destinado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (Capítulo V, del Título XXI).²

Sabido es que durante la tramitación de la Ley N° 19.645, de 1999 –que introdujo modificaciones en este sector del ordenamiento penal–,³ la discusión parlamentaria se hizo cargo del tema de la denominación de estos delitos. Así, en lo que respecta al concepto de *función pública* como parámetro para delimitar el objeto de tutela de los delitos funcionarios, el Ejecutivo propuso modificar la rúbrica del Título V, que pasaría a ser “De los Delitos contra la Función Pública”. Con ello se pretendía reunir estas conductas delictivas a

¹ Esta forma de proceder es mucho más acorde con el hecho de que la actividad prestacional de la Administración no sólo puede ser afectada por quienes detentan la calidad de funcionario, sino también por particulares; y, en todo caso, contribuye a erradicar el sesgo autoritario que tradicionalmente caracterizó a este grupo de delitos. En este sentido, QUERALI JIMÉNEZ, J.: “Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal”, en Gimeno/Queralt/Martín: *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*, Madrid, 1997, pp. 417-419.

² Sobre el alcance de estas modificaciones, cfr. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: “Delitos contra la Administración Pública”, en Quintero Olivares (Dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2001, pp. 1845-1849.

³ Vid. *supra*, Cap. II, 5.

partir de la noción de bien jurídico, evitando así su agrupación en torno a la figura del *sujeto activo*, pero esta propuesta fue rechazada en el Congreso.⁴

De manera, entonces, que salvo ciertas modificaciones introducidas en algunos delitos, como por ejemplo el cohecho, y la inclusión de algunas conductas que antes no figuraban en nuestro Código, como el tráfico de influencias y el uso de información privilegiada, en sus aspectos medulares la regulación y la sistematización de los delitos que constituyen el objeto de nuestro estudio sigue siendo la misma.

2. SOBRE EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

En el estado actual de la teoría del bien jurídico, la discusión suele centrarse en torno al principio de *lesividad* o de *ofensividad*. Dicho en términos muy generales, este principio implica que la legitimidad de la intervención punitiva depende de que ella efectivamente se oriente a la tutela de un *bien jurídico*. Pese a las profundas discrepancias que es posible advertir en cuanto a la delimitación de este último concepto, como asimismo respecto de su utilidad⁵ y de sus fundamentos,⁶ entendemos, sin embargo, que existe un alto grado de consenso en relación con varios puntos.

Primero, en orden a la conveniencia de mantener dicha noción como categoría sistemática, por ser ella consubstancial a un esquema del Derecho Penal verdaderamente garantista y democrático;⁷

⁴ Cfr. VERA VEGA, J.: *El delito de tráfico de influencias*, ob. cit., pp. 29-30.

⁵ Para una exposición crítica acerca de la *postura escéptica* y sobre su relación con las llamadas *corrientes funcionalistas*, GARCÍA RIVAS, N.: *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 50-51. Sobre el mismo tema, cfr., también, HASSEMER, W.: “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *DP*, año 12, N° 46-47, abril-septiembre 1989, pp. 279-280.

⁶ Sobre la controversia entre quienes asignan a la noción de bien jurídico un fundamento sociológico y entre quienes le asignan una base constitucional, puede consultarse la completa exposición de PORTILLA CONTRERAS, G.: “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*. U. Externado de Colombia, vol. 13, N° 43, enero-abril 1991, pp. 22-29.

⁷ Cfr. MANTOVANI, E.: “Principi fondamentali del diritto penale della libertà”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. U. Externado de Colombia, vol. 14, N° 48, mayo-diciembre, 1992, pp. 27-28, y PAGLIARO, A.: *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 228-230.

y porque la idea de *bien jurídico*, en cuanto ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones, conduce a una política criminal racional.⁸

En segundo lugar, entendemos que también hay acuerdo sobre el imperativo de propender a una concepción *antropocéntrica*—o tal vez sea mejor decir *personalizada*—del objeto de tutela penal, lo cual se traduce en que sólo pueden ser elevados a la condición de bien jurídico protegido aquellos intereses que sean inherentes a la persona o que fueren necesarios para su cabal desarrollo espiritual o material. En otras palabras, se acepta que este proceso de *privatización* del Derecho Penal ha de regirse por el principio de individualización de la ofensa, debiendo seleccionarse como bienes jurídicos penales sólo aquellos valores cuya vulneración representa la infracción de un interés reconducible directa o indirectamente al individuo.⁹

En tercer lugar, si bien se acepta que la condición de bien jurídico penal puede ser asumida tanto por intereses individuales como por ciertos valores colectivos, en uno y otro caso la legitimidad de la intervención penal se encuentra supeditada a que el bien de que se trate efectivamente sea instrumental al individuo, desde el punto de vista de sus posibilidades de realización personal.¹⁰ En este sentido, es muy ilustrativa la distinción que efectúa MANTOVANI entre *bienes fin*, representados básicamente por los derechos fundamentales de la persona, y *bienes medio*, expresión que alude a los intereses supra-individuales que fueren necesarios para una adecuada tutela de la dignidad y del pleno desarrollo de la persona.¹¹ El fundamento de este planteamiento—según la opinión de HASSEMER—es una concepción liberal del Estado, en la que éste no es un fin en sí mismo, sino

⁸ En este sentido, HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 105. En relación con el rol limitativo del poder estatal que desempeña la noción de bien jurídico, con énfasis en determinadas áreas del ordenamiento penal. cfr. JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General*, trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 50-51.

⁹ En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G.: "Principio de intervención mínima...", ob. cit., pp. 30-40. En cuanto a la doctrina italiana, cfr. FERRAJOLI, L.: "El Derecho Penal mínimo", trad. R. Bergalli, en Bustos Ramírez (Dir.): *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Conosur, 1995, pp. 39-40. Con referencia al tema que nos ocupa, MANES, V.: "Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública", en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 2000, pp. 1-5.

¹⁰ Cfr. MIR PUIG, S.: *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 159-165.

¹¹ MANTOVANI, F.: "Principi fondamentali...", ob. cit., p. 16.

un instrumento que debe fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre.¹²

Por último, situándonos en el plano de la necesaria sujeción del concepto de bien jurídico a la preceptiva constitucional, también existe un elevado nivel de consenso en que el legislador no está obligado a tutelar penalmente todos los valores que la Carta Fundamental consagra,¹³ ni a sancionar en sede penal todos los ataques de que pueda ser objeto un interés, por mucho que éste aparezca constitucionalmente garantizado.¹⁴

Ahora bien, el *principio de lesividad* no constituye una simple aspiración de la doctrina científica, ni una mera recomendación político-criminal que la autoridad legislativa pueda, a su arbitrio, acoger o rechazar. Todo lo contrario, es un imperativo constitucional que deriva de la propia noción de *dignidad de la persona*. El ser humano, por su condición de tal, posee un "*núcleo de libre desarrollo de la personalidad en el que la coacción estatal no puede penetrar*" y ese núcleo, por cierto, no se respetaría "*si se castigaran simples actitudes internas o hechos exteriores carentes de lesividad*".¹⁵ Desde otra perspectiva, en cuanto la imposición de una pena también importa un atentado—claro que *lícito*—en contra del valor de la dignidad humana, la legitimidad del ejercicio de la potestad punitiva supone que ésta se ejerza del modo más restrictivo posible, y la medida de esto último sólo puede darla el hecho de existir un bien jurídico necesitado de protección.

Lo anterior, porque el *principio de autonomía del individuo*—una manifestación consustancial al valor de la dignidad humana—implica la necesidad de reconocer a la persona una *capacidad de realización material y espiritual*. Así lo declara expresamente el artículo 1º de la Constitución chilena, el cual, tras reconocer en el párrafo primero el valor de la dignidad humana, dispone en el párrafo cuarto que "el Estado está al servicio de la persona" y que es deber de los órganos estatales "crear las condiciones sociales que permitan a todos y

¹² HASSEMER, W.: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", ob. cit., p. 281 y pp. 283-284.

¹³ Cfr. DOUCET, J. P.: *La protection pénale de la personne humaine*, Liège, Edit. U. de Liège, 1979, p. 10.

¹⁴ En ambos sentidos, MIR PUIG, S.: *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, ob. cit., pp. 159-165. Cfr. ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, pp. 64-65.

¹⁵ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Guada, 1984, I, p. 66.



a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible". De modo que la tarea de selección de los bienes jurídicos necesitados de protección penal –básicamente porque la propia pena importa restricción de derechos fundamentales– sólo puede considerarse legítima a condición de que se trate de intereses cuya conservación efectivamente aparezca orientada a posibilitar o favorecer la realización espiritual y material del individuo; o, lo que es lo mismo, que apunte de modo efectivo a salvaguardar la dignidad del ser humano.

Sin embargo, la exigencia de lesividad no significa que la afectación del bien jurídico sea el único factor determinante del surgimiento de responsabilidad penal o de la gravedad de la pena asignada al delito. Al tipificar un comportamiento humano, o al establecer cualquier consecuencia penal, el legislador no ha de considerar únicamente el desvalor que va implícito en la afectación del bien jurídico –esto es, el *desvalor de resultado*–, sino que también ha de tomar en cuenta la gravedad que encierra la actuación del sujeto activo, es decir, el *desvalor de la acción* descrita en el tipo.¹⁶ Como lo ha puesto de manifiesto QUINTERO OLIVARES, una cuidadosa valoración de la forma y de las circunstancias en que se lesiona o pone en peligro un bien jurídico, también es condición insoslayable para la plena vigencia y resguardo del principio de dignidad de la persona; y, al mismo tiempo, una derivación de éste.¹⁷

3. DISTINTAS POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En un intento por determinar un bien jurídico común a los distintos delitos del Título V –que la doctrina normalmente denomina *funcionarios* o *ministeriales*– algunos autores han planteado que en todos ellos subyace la idea de *infracción a un deber personal de corrección y probidad* que pesa sobre quienes ejercen un cometido de especial relevancia social, como lo es la función pública; mientras que otros sostienen que lo tutelado sería el prestigio de la Administración o

¹⁶ En general, sobre el tema, DE LA FUENTE, F.: "Relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado en la fundamentación de la responsabilidad penal", en *RDU* CV, N° 15, 1995, pp. 217-224.

¹⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: *La Justicia Penal en España*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 90.

la confianza que el público deposita en ella;¹⁸ y no faltan quienes sostienen que la protección penal está dirigida a mantener la autoridad estatal.¹⁹

En relación con lo primero, cabe argumentar que en un Estado democrático, la ley no puede criminalizar el simple incumplimiento de deberes personales, si esto último no tiene un correlato en la afectación de los derechos o de las legítimas expectativas de la ciudadanía, de manera que la tradicional apelación al deber de lealtad funcionaria no puede significar otra cosa que la necesaria sumisión del agente público a la ley en el cumplimiento de objetivos de interés general.²⁰ En otras palabras, lo protegido no es el vínculo jurídico existente entre la Administración y las personas que de ella dependen, sino el propio desempeño de la *función pública*, por ser esto lo que puede llegar a afectar –en términos de perjuicio o beneficio– a la ciudadanía.²¹ Asimismo, el prestigio de la Administración, la confianza que los ciudadanos depositan en ella e incluso la subsistencia de la autoridad estatal, no son más que consecuencias del *correcto desempeño de la función administrativa*, que es lo que el Estado específicamente intenta preservar a través de la tipificación de estos delitos.

Como lo ha puesto de manifiesto ASÚA BATARRITA, no pueden mantenerse como objeto de protección en sí mismos el "prestigio" de las instituciones, ni siquiera la "confianza" de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de éstas. Las referencias al prestigio o a la dignidad pueden resultar equívocas si no se las asocia a lo que debe ser la fuente del prestigio institucional, esto es, su adecuado funcionamiento conforme a parámetros constitucionales. De modo que el prestigio y la confianza de la generalidad en sus instituciones deben entenderse como efecto derivado del correcto funcionamiento de la actuación administrativa. Un prestigio a costa del ocultamiento de irregularidades, o una confianza del público ignorante de los niveles de corrupción interna pueden ser funcionales para el desarrollo de un sistema opaco, es precisamente lo contrario a las exigencias de

¹⁸ BACIGALUPO, E.: "Sobre la reforma de los delitos de funcionarios", en *Documentación Jurídica*, 1983, p. 386.

¹⁹ VILLADA, J.: *Delitos contra la función pública*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 34.

²⁰ ASÚA BATARRITA, A.: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración", ob. cit., p. 20.

²¹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: "Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", en *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1997, pp. 367-368.



transparencia y de sumisión a legalidad impuestas por la Constitución. Lo anterior, sin embargo, no impide que la importancia de ese efecto de confianza en las instituciones pueda ser tomada en cuenta al momento de efectuar una graduación de la pena.²²

En el otro extremo, es ampliamente mayoritaria la posición que sostiene que el bien jurídico protegido por estos delitos es la Administración Pública, entendida no en su aspecto orgánico, sino como una actividad de servicio del Estado frente a los ciudadanos. El recto funcionamiento de la Administración, desde luego, depende de *factores internos*, es decir, referidos a la organización del ente administrativo y a las relaciones entre este último y los funcionarios públicos; sin embargo, la protección penal de aquel interés no puede circunscribirse a la sola mantención de un cierto orden interno, si no existe, por lo menos, la posibilidad de afectación de los intereses de los administrados.²³ Por otra parte, hay consenso en que la protección brindada a la función administrativa no se circunscribe a lo que en el ámbito del Derecho Administrativo forma parte del concepto de Administración Pública, sino que se extiende también a la actividad desplegada por los órganos legislativo y jurisdiccional.²⁴

Frente al derecho chileno, si bien es cierto que la noción de *correcto desempeño de la función pública* permite explicar el sentido de protección de la totalidad de las figuras del Título V del Libro II del Código Penal, no debe perderse de vista que aquél es un bien jurídico de naturaleza institucional o supraindividual, que se estructura sobre la base de caracteres esencialmente normativos, que varían ostensiblemente de un delito a otro. De ahí la necesidad de precisar, frente a cada tipo, el aspecto concreto que se pretende tutelar, el que puede ser, dependiendo del caso: decisión conforme a legalidad; actuación conforme a un fin determinado; observancia de la objetividad; preservación de la imparcialidad; coordinación jerárquica en aras de la eficacia; actuación conforme a garantías procedimentales, etc.²⁵

²² ASÚA BATARRITA, A.: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración", ob. cit., pp. 20-22.

²³ MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 19-20.

²⁴ Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA: "Delitos contra la Administración Pública", ob. cit., p. 1845.

²⁵ ASÚA BATARRITA, A.: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración", ob. cit., p. 22.

Los bienes jurídicos institucionales tienen carácter instrumental en relación con la satisfacción de los intereses que justifican la existencia de la institución que se tutela. La prohibición de alterar las condiciones de un subsistema organizativo se fundamenta en su finalidad de garantizar expectativas de participación social o de ejercicio de derechos. El bien jurídico así configurado aparece como un adelanto de la tutela, en última instancia, de intereses individuales. Las nociones de lesión o de peligro para el bien jurídico, que respecto de los intereses individuales pueden delimitarse con nitidez, no son aplicables a los bienes de corte institucional. En los delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales la noción de lo que sea lesión o peligro del bien jurídico no puede entenderse como destrucción o inminente peligro de pérdida de condiciones determinadas. Por ejemplo, una decisión arbitraria o injusta (prevaricación) afecta al funcionamiento conforme a legalidad, pero que no implica que la Administración como institución ha perdido su objetividad o imparcialidad. El acto aislado, salvo casos de extraordinaria gravedad, no tiene capacidad para conmover de forma decisiva el funcionamiento prevalentemente correcto de la institución. Es la reiteración o la frecuencia de esos actos lo que conduce a una perversión importante de las funciones que la Administración debe cumplir. El deterioro institucional proviene de la suma de agresiones o vulneraciones; la necesidad de evitar la extensión de éstas puede requerir la incriminación penal de las conductas que no conllevan una intensa potencialidad lesiva consideradas individualmente, pero que conforme a la experiencia se constata que su propagación conduce a una grave alteración de la institución que pretende protegerse.²⁶

En suma, al hablar de función pública aludimos al *correcto funcionamiento de la Administración pública*, esto es, la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del Estado social y democrático de Derecho. En particular, ello se concreta en los principios de *objetividad, imparcialidad y eficacia* que informan la actuación de las Administraciones Públicas.²⁷

²⁶ ASÚA BATARRITA, A.: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración", ob. cit., pp. 22-24. Esta es, precisamente, una de las razones invocadas por quienes postulan que éstos son *delitos de infracción de deber*. Vid. *infra*, Cap. III, 5.

²⁷ En este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias", en Orts Berenguer (Dir.): *Delitos de los funcionarios*



4. CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Es éste uno de los sectores del ordenamiento penal en que con mayor insistencia se plantea la necesidad de propender a la desincriminación de algunas conductas que tradicionalmente han formado parte del catálogo de delitos. En términos generales se considera que la erradicación de las prácticas corruptas en el ámbito de la Administración requiere que los medios para combatirla sean racionales y eficaces; y se estima que esto último no viene dado por la drasticidad, sino por la oportunidad, la practicabilidad y la inmediatez de la reacción ante una situación irregular.²⁸ Así, es prácticamente unánime el planteamiento según el cual la intervención del Derecho Penal ha de tener carácter *subsidiario* frente a un espectro muy amplio de acciones preventivas y represivas, entre las que sobresale el ejercicio de la potestad de control –administrativa y jurisdiccional– y de la potestad disciplinaria. A esta conclusión se llega tras comprobar la ineficacia de la sanción penal para luchar en contra de las conductas que se consideran indeseables desde el punto de vista del correcto desempeño de la función administrativa.²⁹

También existe consenso en que la regulación de esta clase de delitos se encuentra condicionada por la noción de *Estado social y democrático de Derecho*, una de cuyas principales manifestaciones es que los órganos estatales se encuentran al servicio de la persona. De este modo, se considera que la *función pública* sólo puede ser entendida en razón de la necesidad de satisfacer las aspiraciones de los miembros del cuerpo social; y que los delitos que tienden a su protección no pueden estar inspirados en la idea de proteger a la Administración en cuanto tal, sino que a ésta en tanto instrumento al servicio de los ciudadanos.³⁰ Así, se estima que la conducta penal-

públicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 201-209; CUGAÍ Mauri: *La desviación del interés general...*, ob. cit., p. 103, y MUÑOZ CONDE, F.: "Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada", Apéndice a *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

²⁸ ASÚA BATARRITA, A.: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración", ob. cit., pp. 26-27.

²⁹ MUSCO, E.: "A propósito de la tutela penal de la Administración Pública", en *Revista Penal La Ley*, N° 9, enero 2002, p. 105.

³⁰ MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA: "Delitos contra la Administración Pública", ob. cit., p. 1846.

mente relevante es aquella que genera al menos un peligro para el ejercicio o la vigencia de un derecho subjetivo o de una expectativa legítima de una persona frente a la Administración; y no son pocas las opiniones que plantean la necesidad de incorporar, como elemento del tipo en esta clase de delitos, el resultado de *afectación de los intereses de un individuo*, sea bajo la forma de una lesión o de una puesta en peligro.³¹

Es, en consecuencia, muy positivo que el legislador chileno optara por establecer un sistema extrapenal de combate en contra de la actividad corruptiva al interior de la Administración, el que se materializó con la dictación de la Ley N° 19.653, sobre *probidad administrativa*; pues, al margen de las críticas que dicho sistema pudiere merecer, su sola existencia constituye un explícito reconocimiento sobre el carácter subsidiario del Derecho Penal en este ámbito específico de la criminalidad. Lo mismo cabe decir respecto de la supresión de los tipos sobre *anticipación y prolongación indebida de funciones*, que anteriormente constituían el párrafo I del Título V y cuya subsistencia venía criticando desde hacía tiempo la doctrina,³² básicamente por incidir en una relación administrativa interna, carente de lesividad respecto de una persona en concreto.

Entre los tipos que aún perviven dentro del título, hay también algunos que en concepto de los autores no deberían formar parte del catálogo de delitos. Entre ellos, parece existir consenso sobre la figura de *aplicación pública diferente*, del artículo 236, cuyo único fundamento es la desobediencia a una instrucción impartida por la autoridad superior, sobre la forma en que han de ser invertidos ciertos fondos, al margen de que haya realmente perjuicio pecuniario o una traba impuesta al buen funcionamiento de la Administración. Lo mismo cabe decir respecto del delito de *negociaciones incompatibles* del artículo 240, respecto del cual la doctrina considera que no es más que una forma de castigar criminalmente la mera sospecha de haberse producido una malversación.³³

Por lo que respecta a la estructuración sistemática de estos delitos, en España e Iberoamérica la tendencia apunta a la sistematización de todos ellos en torno al bien jurídico que se pretende tutelar y no

³¹ ASÚA BATARRITA, A.: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración", ob. cit., p. 25.

³² Por ejemplo, CURY, E.: "Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios", ob. cit., p. 298.

³³ *Ibidem*, pp. 300-301.

en torno a la figura del sujeto activo, como había sido costumbre hasta ahora. Así, las legislaciones tienden a abandonar la clásica denominación de *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos*, como la que utiliza nuestro Código, para reemplazarla por rúbricas más acordes con los objetivos político-criminales anteriormente aludidos, como, por ejemplo, *Delitos contra la Administración Pública* (Argentina, España). Esta forma de proceder es mucho más acorde con el hecho de que la actividad prestacional de la Administración no sólo puede ser afectada por quienes detentan la calidad de funcionarios, sino también por particulares; y, en todo caso, contribuye a erradicar el sesgo autoritario que tradicionalmente caracterizó a este grupo de delitos.³⁴

Por último, es común que algunos de los delitos que actualmente contempla el Título V de nuestro Código—como la *prevaricación judicial*—, pasen a integrar un apartado autónomo relativo a los *Delitos contra la Administración de Justicia*, conjuntamente con otras figuras—como el falso testimonio y la presentación de pruebas falsas— que en el sistema chileno tradicionalmente han formado parte del Título IV.

5. FUNCIÓN PÚBLICA E INFRACCIÓN DE DEBER

Según un importante sector de la doctrina, tanto en Alemania como en España e Italia, los delitos contra la función pública tendrían la condición de delitos contra *el deber del cargo*.³⁵ En nuestro país, la sistematización adoptada en el Código Penal parece reflejar la misma idea, en cuanto el núcleo principal de estas figuras se agrupa en el Título V del Libro II: “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”. Si bien la doctrina nacional no se ha ocupado particularmente de este aspecto, ni se ha hecho eco de las discusiones que al respecto existen en el ámbito europeo.

En general, se entiende que el bien jurídico que subyace tras las figuras del Título V, Libro II del CP es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En particular, para LABATUT, recogiendo la opinión de DEL RÍO, es “la buena y ordenada marcha de

³⁴ QUERALT JIMÉNEZ: “Delitos contra la Administración Pública...”, ob. cit., pp. 417-419.

³⁵ Por todos, GARCÍA ARÁN, M.: *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 37.

los servicios públicos”. Sin embargo, al analizar figuras concretas como la malversación, añade que “su objetividad jurídica no es tanto la defensa del patrimonio del Estado como la *infracción del deber de probidad* del funcionario en el manejo de los caudales o efectos que le están confiados en razón de su oficio”.³⁶ Según ETCHEBERRY, lo que se protege es la Administración Pública como actividad general del Estado, en sentido funcional. Pero advierte que además se toma en particular consideración la infracción de un deber específico de lealtad, de corrección y de eficiencia que pesa sobre determinadas personas ligadas con la autoridad pública por un vínculo especial. Deber que confiere mayor relevancia a las infracciones contra la Administración Pública, “ya que a la ofensa del bien jurídico protegido se añade el quebrantamiento de un deber específico”.³⁷ Asimismo, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ sistematizan un grupo de delitos precisamente en virtud de la afectación a la probidad administrativa.³⁸ Por otra parte, todos estos autores definen la prevaricación específicamente como una infracción de deberes: “faltar dolosa o culpablemente a los deberes que impone el ejercicio de un cargo o profesión”,³⁹ “grave infracción del deber de aplicar la ley, cometida por personas especialmente obligadas a ello”⁴⁰ o “faltar un magistrado gravemente, por dolo o culpa, a sus deberes funcionarios”.⁴¹ Por último, CURY otorga cierto contenido material cuando hace referencia general a los delitos que “constituyen atentados del empleado público en contra de la pureza y corrección de sus funciones y, en consecuencia, de la integridad de la Administración a la cual representa y sirve”, si bien advierte que muchas de las figuras que se incluyen en este grupo deberían ser descriminalizadas.⁴²

³⁶ LABATUT, G.: *Derecho Penal*, t. II, 7ª ed. actualizada por el prof. Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 72 y 78 (el destacado es nuestro).

³⁷ ETCHEBERRY, A.: *Derecho Penal, Parte especial*, t. IV, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 203-204.

³⁸ POLITOFF, S./MATUS, J. P./RAMÍREZ, M. C.: *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 465 y ss.

³⁹ LABATUT: *Derecho Penal*, II, ob. cit., p. 72.

⁴⁰ ETCHEBERRY: *Derecho Penal*, IV, ob. cit., pp. 213-214.

⁴¹ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ: *Lecciones de Derecho Penal chileno*, PE, ob. cit., p. 504, aunque consideran que el bien jurídico es “el interés público en la fiabilidad del establecimiento de los hechos en los procesos judiciales y en ciertas actuaciones judiciales” (p. 503).

⁴² CURY, E.: “Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios”, ob. cit., p. 297.

Ahora bien, la posibilidad de concebir como delitos de infracción de deber a este grupo de ilícitos ha sido objeto de fuertes críticas. Acertadamente, GARCÍA ARÁN las sintetiza al afirmar que “si tal infracción de deber se configura en sentido subjetivo y exclusivamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y el funcionario, la interpretación de los tipos penales no sólo se empobrece, sino, lo que es más grave, adopta un tinte antidemocrático en el que, en definitiva, el núcleo del injusto radica en la lesión de la autoridad del Estado”.⁴³ Se entiende que en un Estado democrático la ley no puede criminalizar el simple incumplimiento de deberes personales si esto no tiene un correlato en la afectación de los derechos o de las legítimas expectativas de la ciudadanía.

Pero, por otra parte, es necesario reconocer que “si se tiene en cuenta que la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa o el correcto ejercicio de la potestad administrativa dependen de su ejercicio en forma adecuada a los deberes del funcionario, habrá que concluir que la infracción de tal bien jurídico se producirá cada vez que el funcionario infrinja uno de tales deberes”.⁴⁴ En consecuencia, existe una radical dificultad para delimitar lo que es el correcto ejercicio de la *función* sin atender a los *deberes* propios del funcionario que la desempeña.⁴⁵

Antes de continuar en esta línea de análisis, conviene hacer un breve repaso de lo que se entiende por delitos de infracción de deber y su significación en la interpretación de las figuras típicas concretas. En esta labor resulta indispensable enunciar brevemente las ideas de ROXIN, quien identificó originariamente esta categoría de delitos –*Pflichtdelikten*– hace ya cuatro décadas,⁴⁶ junto al desarrollo de las mismas por parte de JAKOBS, pues según el propio ROXIN, este último es quien ha realizado el mejor complemento y perfeccionamiento de su tesis inicial.

Con la exposición que sigue no pretendemos soslayar el hecho de que la categoría de los delitos de infracción de deber constituye una construcción muy criticada,⁴⁷ que no se ha impuesto ni en Alemania

⁴³ GARCÍA ARÁN: *La prevaricación judicial*, ob. cit., p. 37.

⁴⁴ BACIGALUPO, E.: “Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”, ob. cit., p. 387.

⁴⁵ Lo reconoce GARCÍA ARÁN: *La prevaricación judicial*, ob. cit., p. 37.

⁴⁶ Inicialmente ROXIN, C.: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., 1963, pp. 352 y ss.

⁴⁷ Vid., por todos, la visión crítica de ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 226 y ss., tanto respecto de los fundamentos como del tratamiento dogmático al que conduce esta teoría.

ni en España ni, menos aún, en nuestro país, ni podemos plantear, analizar y desvirtuar, según el caso, todas las objeciones de que ha sido objeto. Sin embargo, en virtud de su especial aplicabilidad en este ámbito, su actualidad, mérito descriptivo y aptitud para ofrecer soluciones dogmáticas adecuadas, resulta indispensable plantear esta posición y, eventualmente, aplicarla en el análisis de los tipos concretos.

5.1. DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

A partir de la idea de que el *autor* de un delito es la figura central del suceso acaecido,⁴⁸ ROXIN deduce que es posible identificar dos categorías de delitos en atención a la forma de investigar quién es el autor del hecho.

Por una parte, la mayoría de las figuras contenidas en la ley penal conforman delitos en que se describe precisamente el comportamiento típico. En estos supuestos, es autor quien *domina el hecho*, y el punto de referencia para la determinación de esa relación de dominio está constituido, justamente, por la descripción que ofrece el tipo penal.

Sin embargo, esta concepción del delito resulta problemática al enfrentarse a algunos *tipos especiales*, esto es, delitos en que se requiere una calidad especial en quien realiza la conducta. En estos casos sucede que si quien tiene el dominio del hecho es un sujeto que no goza de la calidad especial exigida en el tipo penal –es un *extraneus*–, en virtud del principio de legalidad no podría ser sancionado como autor por el tipo correspondiente. Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona que, por medio de coacción (autor mediato), obtiene de un juez el pronunciamiento de una sentencia injusta.

Al enfrentar este problema surgió la necesidad de distinguir, junto a esta primera categoría de *delitos de dominio*, otro grupo de delitos para cuya configuración no se atiende a la naturaleza externa del comportamiento, sino que el fundamento de la sanción reside en el incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial. Estas figuras son las que ROXIN denomina *delitos*

⁴⁸ ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. Cuello Contreas/Serrano González de Murillo, de la 6ª ed. alemana, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 42 y 429.



de infracción de deber, “tipos penales en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a [la formulación] del tipo”.⁴⁹

Se trata, en consecuencia, de delitos que se estructuran sobre la base de la infracción de un deber especial que recae sobre ciertas personas, “deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas”.⁵⁰ El resto de los ilícitos penales, en cambio, tiene como fundamento el deber general de respetar las normas.

Pero estos *delitos de infracción de deber* no configuran un concepto diferente de autor, según ROXIN, sino que son sólo una forma diversa de estructuración de los tipos penales. En ellos, el fundamento último de la punibilidad es también la lesión del bien jurídico, en tanto que el incumplimiento del deber especial fundamenta tan sólo la autoría.

De hecho, uno de los principales corolarios que emanan de esta teoría de los delitos de infracción de deber es el que dice relación con la determinación de las formas de participación en el delito. Porque en esta clase de infracciones sólo puede cumplir con lo descrito en el tipo la persona sobre quien recae el deber y lo quebranta y, por lo mismo, cualquiera que sea su actuación, ella cumple *siempre* el tipo.⁵¹ En tanto que el dominio del hecho resulta irrelevante para determinar el autor de la infracción penal.

Por último, ROXIN sostiene que la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber no constituye una elaboración dogmática artificiosa, sino que es reflejo de la propia realidad social. Así, mientras los delitos de dominio surgen en aquellos casos en que el autor de la infracción quebranta un espacio que “por imperativo del Derecho debería haber dejado intacto”, los delitos de infracción de deber se configuran como protección de la capacidad de funcionamiento de “sectores de la vida conformados ya jurídicamente”.⁵² En consecuencia, los conceptos de dominio del hecho y de infracción de un determinado deber existen como *realidades previas ya conformadas*.

⁴⁹ ROXIN, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 25, número marginal 37, cit. por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 30.

⁵⁰ ROXIN: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, ob. cit., p. 385.

⁵¹ ROXIN: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, ob. cit., pp. 386 y ss., 399 y ss.

⁵² ROXIN, C.: *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, trad. e introducción de F. Muñoz Conde, 2ª ed., 1ª reimpr., Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 63.

entre las que hay una diferencia estructural que es trazada en los tipos concretos. La decisión de conformar los delitos de uno u otro modo constituye una *decisión valorativa del legislador*, que depende de si se considera que el contenido criminal de un delito se ve influido de modo esencial por una posición de deber.⁵³

Empleando una terminología parcialmente diferente, JAKOBS recoge el contenido esencial de la distinción recién esbozada y la complementa, llegando a algunas conclusiones diversas a las de su autor original.⁵⁴

Sostiene que entre los varios deberes generales que incumben a toda persona, por ser persona, el más general es el de no lesionar a los demás en sus bienes: *neminem laede*. Si alguien hace un uso arbitrario de su libertad, dañando los bienes de los demás, se le puede atribuir responsabilidad penal y deberá responder en razón del *quantum* de lo organizado. Este es el caso de los *delitos de organización* —que se corresponden con los que hasta aquí hemos denominado *delitos de dominio*— en que el fundamento de la imputación es una organización defectuosa. En suma, ellos responden a la relación sinalagmática que existe entre libertad de organización, por una parte, y responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice, por otra.

Los *delitos de infracción de deber*, en cambio, tienen como fundamento de la imputación de responsabilidad una lesión de los deberes de comportamiento solidario que se exigen en favor de un determinado bien jurídico. “En estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente”.⁵⁵ En estos casos la defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado. La norma penal no prohíbe un determinado comportamiento que entraña una lesión a un bien jurídico, sino que existe una relación positiva entre el autor y el bien protegido.⁵⁶ En consecuencia, la autoría se determina por la lesión del deber, en tanto que el dominio del hecho o el ámbito

⁵³ Cfr. ROXIN: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, ob. cit., p. 418.

⁵⁴ Especialmente en relación con los delitos de omisión. Sin embargo, no ahondaremos en el tema porque dicho ámbito no será objeto de este trabajo.

⁵⁵ JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General* (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, § 2/17 (p. 52).

⁵⁶ JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 29/106 (p. 1027).

de organización es irrelevante. A diferencia de ROXIN, JAKOBS entiende que dicha infracción no es sólo una regla para determinar la autoría, sino, sobre todo, el fundamento de la imputación jurídico-penal.

Ahora bien, únicamente resulta posible imputar responsabilidad *penal* por la infracción de deber en la medida en que la *institución* que le sirve de base posea, en la realidad social, el mismo peso que el sinalagma que sirve de fundamento a los delitos de dominio (esto es, la relación entre la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias que de ello se deriven).⁵⁷ Se ha de tratar de instituciones que tengan, entre sus funciones, la protección de bienes o, más exactamente, corrige JAKOBS, “la garantía de expectativas que se encuentran referidas al mantenimiento de bienes”.⁵⁸ Instituciones como la función pública o la patria potestad, que garantizan el funcionamiento de la sociedad, y de las que emanan deberes como el que corresponde a un policía –de vigilar a un detenido y no torturarlo– o a un padre –de cuidar a su hijo menor cuando lo lleva a jugar al parque.

Además de que en JAKOBS la infracción del deber no es sólo un criterio de imputación de la autoría, sino el propio fundamento del ilícito, las principales diferencias de su concepción respecto de la formulación de ROXIN radican –según SÁNCHEZ-VERA⁵⁹ en una ampliación y una acotación de los contornos de los delitos de infracción de deber. Una ampliación, en tanto en cuanto para JAKOBS incluso tipos formulados como delitos comunes se convierten en delitos de infracción de deber cuando quien interviene es un obligado especial. Así, por ejemplo, la muerte de un hijo menor de edad es siempre delito de infracción de deber para los padres. Y una acotación o limitación, en la medida en que no considera suficiente la existencia de deberes aislados para configurar un delito de esta clase, sino que esos deberes deben relacionarse con una institución que determine el estatus de la persona. “Un estatus sólo se alcanza cuando el deber sancionado jurídico-penalmente forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas (funcionario, padre, madre, tutor, la persona en quien se deposita la confianza, etc.), o bien, integra a un obligado en una institución (el testigo, en

⁵⁷ Cfr. JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 29/58 (p. 994).

⁵⁸ JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 29/58 (p. 994).

⁵⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., pp. 43-44.

los delitos de testimonio, como cooperador con la Administración de Justicia...)”.⁶⁰

5.2. LAS INSTITUCIONES POSITIVAS

La existencia de deberes especiales, más allá del deber general de no lesionar a los demás –*neminem laede*– ha sido reconocida desde antiguo. “En la tradición iusfilosófica se percibió desde siempre la necesidad de no agotar el elenco de deberes exigibles a cada persona en los meramente negativos y, en verdad, que al menos existirían dos nuevas fuentes de deberes, en este caso, positivos: las relaciones familiares y las estatales”.⁶¹

La fuente de estos deberes está constituida por ciertas *instituciones positivas*,⁶² instituciones que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida de una sociedad, permitiendo la creación de un mundo en común. A través de estas instituciones, propias de cada sociedad en un momento y lugar determinado, la persona queda vinculada a la esfera de terceras personas, y de tales relaciones surgen mandatos y obligaciones que tienen por objeto proteger la capacidad funcional de ámbitos de la vida ya preformados.

La relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, porque impone deberes a un obligado especial, no para que simplemente se abstenga de dañar los bienes de los demás, sino para que, en determinadas circunstancias, vele por la integridad de un cierto bien frente a cualquier amenaza de peligro o de lesión.⁶³ Se trata de un deber positivo de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de la esfera jurídica de una persona especialmente obligada.

⁶⁰ JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 25/46 (p. 877).

⁶¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 99.

⁶² Por *institución* se entiende, en el sentido de las Ciencias Sociales, “la forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta”, JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 29/57, nota 114 (p. 994).

⁶³ Cfr. GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, J. M. Bosch, 1999, p. 43, y CARO JOHN, J. A.: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003, p. 60.



Como ya adelantábamos al analizar la concepción de JAKOBS, para que se pueda intervenir penalmente ante la infracción de un deber, hemos de estar ante ciertas instituciones positivas de especial importancia. Aquellas que “aseguran las condiciones elementales de la existencia de libertad, esto es, garantizan el deber de no dañar a los demás (*neminem laede*) y, con ello, son al menos tan importantes como éste”.⁶⁴

Al propio JAKOBS se debe la clasificación de las instituciones relevantes para el ámbito del Derecho Penal.⁶⁵ Estas serían: la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial y, para los deberes genuinamente estatales, las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía y, por último, el velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública y a la Administración de Justicia, como principio fundamental del Estado de Derecho. “Se trata, pues, de aquellas formas de relaciones sociales respecto a las cuales no existe –al menos en general– ninguna alternativa de organización”.⁶⁶

Al restringir de este modo la incidencia de las instituciones positivas en el Derecho Penal, se salva en gran medida una de las principales críticas de que es objeto la categoría de los delitos de infracción de deber. Esto es, la de que prescinde de la idea, consustancial al concepto de Derecho Penal democrático, de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal,⁶⁷ y que se configura sobre la base de deberes que adolecen de una gran vaguedad, poniendo en peligro el principio de legalidad.⁶⁸ Frente a ello cabe replicar que la función de límite de esta construcción dogmática no es muy diversa de la que, en la práctica, ha demostrado ejercer el propio concepto de bien jurídico; y que la institución positiva no es más imprecisa, por ejemplo, que construcciones como

⁶⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 143, con abundante apoyo bibliográfico que reafirma la importancia de las instituciones positivas.

⁶⁵ Cfr. JAKOBS: *Derecho Penal. PG.* ob. cit., §§ 29/58 y ss. (pp. 994 y ss.).

⁶⁶ JAKOBS: *Derecho Penal. PG.* ob. cit., § 29/58 (p. 994).

⁶⁷ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “Las actuaciones en nombre de otro”, en *ADPCP*, 1984, p. 49, cit. por GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit., p. 44.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F.: “Introducción” a ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, ob. cit., pp. 24-25, y ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., pp. 229-230.

la del *riesgo permitido* en los delitos de dominio, salvo en cuanto esta última ha sido objeto de una mayor preocupación doctrinal en su delimitación.⁶⁹

5.3. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y DELITOS ESPECIALES

En otro orden de ideas, se ha objetado también que la categoría de los delitos de infracción de deber resulta innecesaria. En particular, porque los problemas de autoría y participación a los que ella se aplica pueden ser solucionados recurriendo a la distinción entre delitos comunes y especiales.

Ahora bien, dicha distinción obedece a un criterio formal, en que lo determinante es la descripción típica de los elementos personales del autor. En los delitos especiales se restringe el círculo de posibles autores, porque sólo ellos pueden dañar un bien determinado o hacerlo de modo especialmente fácil o de manera prácticamente relevante.⁷⁰ Es decir, ellos se diferencian de los delitos comunes por las condiciones formales que establece el legislador. La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, por el contrario, recoge una diferenciación material reflejo de la propia realidad social.⁷¹ Afirma GARCÍA CAVERO que los delitos de infracción de deber no son más que una “expresión del aspecto social de la sociedad moderna que utiliza como criterio de regulación de los contactos sociales no sólo la libertad de organización –separación de esferas–, sino también las vinculaciones institucionales”.⁷²

⁶⁹ En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit., pp. 45 y 49, y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 102.

⁷⁰ Cfr. JAKOBS: *Derecho Penal. PG.* ob. cit., § 23/24 (p. 830), y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 44.

⁷¹ La interpretación de una figura como delito de dominio o de infracción de deber no está determinada por la forma de tipificación, sino que depende de la institución, positiva o negativa, que le sirve de fundamento. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 120.

⁷² GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit., p. 44. En el mismo sentido, ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, ob. cit., p. 63. Critican, en cambio, la inexistencia de un criterio material para determinar cuáles son esos contextos regulados preformados, tanto ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., p. 230, como SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Lima, 2001, p. 160.

En la medida en que los delitos de infracción de deber y los delitos especiales obedecen a diversos criterios de clasificación, no es posible afirmar que ellos sean categorías absolutamente coincidentes o superpuestas. Si bien los delitos de infracción de deber se expresan típicamente como delitos especiales, en casos excepcionales pueden no serlo. Así sucede, por ejemplo, con el delito de omisión de socorro, delito común de infracción de deber, en cuanto es expresión de una obligación institucional común a todos los ciudadanos: la solidaridad.⁷³ Otro tanto ocurre, más en general, en los supuestos de tipos formulados como delitos comunes que se convierten en delitos de infracción de deber cuando el interviniente es un obligado especial. A la inversa, también existen delitos especiales que siguen siendo delitos de dominio, porque no responden a la configuración de un deber institucional. Es el caso, por ejemplo, de los delitos de apropiación indebida o quiebra.

En suma, la categoría de los delitos de infracción de deber no coincide con la de los delitos especiales. Al obedecer, la primera, a criterios materiales de configuración, ella no sólo conduce a consecuencias diversas de las que permite adoptar el criterio de los delitos especiales, sino también más acordes con la realidad social.

5.4. LOS DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Al inicio de estas consideraciones veíamos la dificultad que existe para delimitar lo que es el ejercicio de la *función* administrativa o judicial, sin atender a los *deberes* propios del funcionario que la desempeña. GARCÍA ARÁN intenta superarla configurando esos deberes de un modo objetivo, no subjetivo, de forma que no se centre el injusto en la lesión de la relación funcional.⁷⁴ Esto significa que al hacer referencia a los deberes no se estaría aludiendo a la protección del vínculo jurídico existente entre la Administración y las personas que de ella dependen, sino al propio desempeño de la función

⁷³ Así, GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit., p. 42. En contra, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., pp. 104-105, considera que en este caso se trata de deberes positivos de solidaridad mínima inespecíficos que no implican la conformación de un mundo en común.

⁷⁴ GARCÍA ARÁN: *La prevaricación judicial*, ob. cit., p. 37.

pública. Conclusión necesaria, por lo demás, si se parte de la base de que el bien jurídico protegido sólo puede ser explicado en función de la necesidad de satisfacer las aspiraciones de los miembros del cuerpo social, que, en este ámbito en concreto, se traducen en las legítimas expectativas de los ciudadanos en su relación con la Administración.⁷⁵

Es necesario considerar que los deberes del cargo son también deberes en relación con el administrado, deberes por los que se concreta la función administrativa y judicial. En otras palabras, cabe afirmar que la función pública se realiza a través de la sumisión de los agentes públicos a los deberes que les impone la ley en el cumplimiento de objetivos de interés general,⁷⁶ y esto es, en definitiva, lo que se pretende proteger.

A partir de estas premisas resulta posible plantear un concepto de estas figuras como delitos de infracción de deber, ajeno a las objeciones de que tradicionalmente ha sido objeto esta noción. Entendida la infracción de deber en sentido objetivo y en relación con el desempeño de la función pública en servicio de los ciudadanos (no en cuanto vínculo jurídico que existe entre la Administración y sus funcionarios), quedan diluidas las críticas que ven tras esa concepción un punto de vista autoritario, que supone el patrocinio de bienes jurídico-penales incompatibles con los valores democráticos y que inhabilita al concepto de bien jurídico para realizar su función de límite al poder punitivo estatal.⁷⁷ Porque no se trata de afirmar ahora que el *deber del cargo* se constituya como bien jurídico protegido. Más bien, conservando la terminología tradicional, el deber es un concepto que existe en función de la protección del bien jurídico,⁷⁸ por cuanto la protección de bienes es una de entre las diversas funciones de la institución que lo determina.⁷⁹ En otras

⁷⁵ Cfr., por todos, ASÚA BATARRITA, A.: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración", ob. cit., p. 20.

⁷⁶ Deberes que parecen deducirse de la ley y no de la institución, porque se trata de una institución positivizada, pero que en definitiva tienen como fuente a esta última, cfr. JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 29/58 (p. 994).

⁷⁷ Por todos, vid. la crítica formulada en tal sentido por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal", en *La Ley* 1996-5, p. 1515.

⁷⁸ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación de funcionario público*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 261-262. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-ESPINAR, G.: "La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva", en *La Ley* 1993-3, p. 853.

⁷⁹ Cfr. JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 29/58 (p. 994).

palabras, el deber se selecciona como objeto de protección en cuanto resulta esencial para una *institución* de la que depende la satisfacción de derechos fundamentales de los ciudadanos en un Estado de Derecho.⁸⁰ Pero eso no obsta a la afirmación de que el ilícito en estos casos tiene como fundamento la infracción de un deber extrapenal derivado, no de las relaciones del sujeto con el Estado, sino de la propia posición jurídica que ocupa el funcionario, el juez o, excepcionalmente, un particular implicado en estas funciones, en relación con la Administración Pública o la Administración de Justicia.⁸¹

Este es, precisamente, el punto de vista que asumen quienes consideran que la Administración Pública y de Justicia constituyen *instituciones positivas* capaces de fundamentar deberes protegidos penalmente, en la medida en que constituyen funciones estatales irrenunciables.⁸² Así, en concreto, “se trata de la legalidad y de la igualdad en el ámbito del monopolio del poder (...), la sujeción a la ley de los jueces y de las demás personas llamadas a decidir o ejecutar, así como el principio de legalidad tanto en la persecución penal como en el cumplimiento de las penas y la sujeción a la ley en cualquier otro comportamiento de intervención. Estos deberes de garante constituyen la contraprestación por la renuncia al autoauxilio limitado (justicia privada) y por el deber de los ciudadanos de soportar intervenciones legales”.⁸³

Por lo demás, un correcto entendimiento de la infracción de deber como fundamento de estos delitos permite delimitar mejor los ilícitos penales y ofrece pautas más concretas de interpretación de ciertos bienes jurídicos supraindividuales y espiritualizados, sobre los que ni siquiera existe consenso en cuanto a su contenido concreto, como la función pública, la probidad administrativa, la administración de justicia, la desviación de la función y fines del proceso, el interés público en la fiabilidad del establecimiento de los hechos en los procesos judiciales, etc. En particular, la vinculación a un deber jurídico configurado extrapenalmente puede proporcionar mayor

⁸⁰ En este sentido, RAMOS TAPIA, M. I.: *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 97.

⁸¹ En relación con el delito de prevaricación, vid. RAMOS TAPIA: *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 136.

⁸² JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, ob. cit., § 29/76 (p. 1005), limita en este sentido la garantía de las funciones estatales sólo a aquellas irrenunciables, sin incluir otras respecto de las cuales pueda existir, incluso, una pretensión jurídica.

⁸³ JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, ob. cit., § 29/77e (p. 1009).

seguridad jurídica que la libre interpretación puramente preventiva de los delitos de dominio.⁸⁴

La configuración del ilícito penal supone, en todo caso, una especial gravedad *material* del deber que se infringe, que lo diferencia cualitativamente del ilícito meramente administrativo.⁸⁵ No cualquier infracción de deber puede ser constitutiva de ilícito penal,⁸⁶ sino sólo aquella que signifique la defraudación de una expectativa social fundamental para la convivencia humana. El respeto por los principios de lesividad y de *ultima ratio*, propios del Derecho Penal, queda asegurado en la medida en que sólo se deben incriminar ciertas lesiones a deberes del cargo, las que se dirigen contra bienes jurídicos de la comunidad o de los particulares⁸⁷ o, dicho en otros términos, sólo en la medida en que esos deberes configuren una expectativa *susceptible* de ser penalmente normativizada en cuanto es esencial para la convivencia humana. Únicamente en tales casos estamos ante un auténtico *deber institucional penalmente relevante*.⁸⁸

⁸⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit., p. 45.

⁸⁵ La alusión a la infracción del deber no permite afirmar que estemos ante infracciones disciplinarias elevadas a la categoría de delitos, como concluía JASO, en Rodríguez Muñoz/Jaso/Rodríguez Devesa, *Derecho Penal*, II, Parte especial, Madrid, 1949, p. 192, cit. por GARCÍA ARÁN: *La prevaricación judicial*, ob. cit., p. 25. También BACIGALUPO: “Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”, ob. cit., pp. 1097-1098, advierte que para poder distinguir las infracciones disciplinarias administrativas de los delitos, en éstos es preciso exigir, además de la infracción del deber propio de la función, “una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho”.

⁸⁶ Línea de restricción que coincide con la propuesta por PORTILLA CONTRERAS: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, Edersa, 1990, p. 57, cit. por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: “Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Casabó Ruiz*, vol. II, Universidad de Valencia, 1997, p. 352.

⁸⁷ Algunos autores, aceptando que se trate de delitos de infracción del deber, destacan especialmente esta vinculación con el bien jurídico; v. gr. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Madrid, 1956, p. 57, y WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, p. 537, cit. por GARCÍA ARÁN: *La prevaricación judicial*, ob. cit., pp. 25 y 29.

⁸⁸ En este sentido, no nos parece justificada la crítica que formula ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., p. 233, cuando cuestiona la supuesta premisa de la que partiría esta teoría: la de que existen ámbitos (instituciones) sociales donde el sujeto debe responder de todo lo que suceda solamente por ostentar un determinado *estatus*. Ello no es tan así en la medida en que el sujeto sólo debe responder penalmente si ha infringido un deber de especial entidad y en una medida penalmente relevante.

En definitiva, al concebir estos delitos como de infracción de deber no desaparece la referencia al bien jurídico ni la funcionalidad crítica que éste todavía puede desplegar, pese a que lo relevante sea la referencia al deber que, de lesionarse, determina la tipicidad de la conducta. Aunque no se haga referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, aunque se afirme que la defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber institucional, el bien jurídico siempre está en el trasfondo. Piénsese, por ejemplo, en el tantas veces mencionado caso de la relación paterno-filial como prototipo de institución positiva. De los muchos deberes que de ella derivan, algunos pueden resultar –incluso– jurídicamente protegidos, como por ejemplo, el deber de educar, por medio de la educación pública subsidiaria del niño. Pero sólo la protección de bienes –la garantía de expectativas que se refieren al mantenimiento de bienes como la vida, salud, patrimonio, etc.– está jurídico-*penalmente* asegurada, garantizada únicamente en un estándar mínimo de cuidados.⁸⁹

Por lo demás, parece evidente que en la legislación penal muchas de las figuras típicas referidas a las funciones estatales no se establecen tanto en virtud del *daño* que pudieran provocar determinadas conductas, sino que por el incumplimiento de determinados deberes que configuran la expectativa defraudada. Un acto aislado, salvo casos de extraordinaria gravedad, no tiene capacidad para conmovir de forma decisiva el funcionamiento prevalentemente correcto de la institución, y las figuras sólo podrían considerarse, a lo sumo, como delitos de peligro abstracto. Dicho de otro modo, si se prefiere, ese incumplimiento del deber, en sí mismo, es el que *daña o afecta* el bien jurídico, entendido como la función que deben cumplir ciertos sujetos.⁹⁰ En palabras de JAKOBS, existe un desplazamiento de la *lesión* del bien jurídico a la *no-producción* de bienes jurídicos.⁹¹ El fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial, por lo que resulta esencial determinar el contenido objetivo del deber a

⁸⁹ Cfr. JAKOBS: *Derecho Penal*. PG, ob. cit., § 29/58 y 60 (pp. 994-995).

⁹⁰ Cuestión que se advierte con mayor claridad en relación con los delitos contra la Administración Pública, en que muchos autores entienden que el bien jurídico protegido es, precisamente, la *probidad administrativa*. Similar argumentación, aunque con terminología diversa, en ETCHEBERRY: *Derecho Penal*, IV, ob. cit., pp. 184-185.

⁹¹ JAKOBS: *Derecho Penal*. PG, ob. cit., § 2/17 (p. 53).

cumplir. En estas figuras, en definitiva, no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la Administración Pública.

En la práctica, esto significa que la configuración del ilícito no requiere que se compruebe una efectiva lesión o puesta en peligro de la función pública administrativa o jurisdiccional. Cuestión que, por lo demás y desde el punto de vista tradicional, en muchos supuestos es prácticamente imposible de demostrar, resulta materialmente insignificante o, incluso, aparece como francamente indiferente.⁹² En efecto, ¿qué lesión o peligro puede significar para la *función jurisdiccional* la declaración falsa de un solo testigo, entre los miles de testimonios que diariamente se recogen en los diversos juicios a lo largo del país?, ¿qué sucede cuando esa declaración falsa no afecta en nada el desarrollo del proceso o conduce a una resolución final más *justa*? Algo similar puede afirmarse de otras tantas figuras, como el cohecho, malversación por aplicación pública diferente, negociaciones incompatibles, nombramientos ilegales, etc. En muchos de estos supuestos no sólo no se exige un resultado lesivo para la función pública, sino que es inconcebible que *una única conducta* pueda afectar realmente esta *función pública*, sea en el ámbito administrativo o jurisdiccional.⁹³

Lo esencial, por el contrario, es fundamentar y determinar el contenido objetivo del deber específico que recae sobre un determinado sujeto. Labor que, por su parte, también puede llevar a cuestionar la legitimidad de algunas de las figuras típicas a que acabamos de hacer referencia.

⁹² En este sentido, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, t. I, Bologna, Zanichelli, 1988, p. 255, estiman que *todos* los delitos contra la Administración de Justicia son de peligro, cuya consumación no depende “de la prueba de un perjuicio efectivo a la función jurisdiccional (prueba, por otra parte, extremadamente ardua), siendo suficiente que el acto resulte idóneo para exponer a riesgo el ejercicio de dicha función”; cit. por GUZMÁN DÁLBORA, J. L.: “La administración de justicia como objeto de protección jurídica (observaciones preliminares a los delitos que la ofenden”, en Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. II, Cuenca, U. de Castilla-La Mancha/U. de Salamanca, 2001, p. 249, quien, por el contrario, entiende que las figuras de mero riesgo forman un grupo relativamente reducido.

⁹³ Para fundamentar una efectiva lesividad de las conductas sería necesario recurrir a la idea de los “delitos de acumulación”, categoría de cuestionable justificación dogmática. Vid. una exposición y crítica de ésta en SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 131-136.

Cabe hacer presente, por último, que la referencia a la infracción de un deber propia de los delitos contra las funciones estatales hace más palmarias las contradicciones que subsisten en nuestra legislación, cuando la *calidad de funcionario* sirve tanto para agravar las conductas que atentan contra los intereses patrimoniales del Estado como para favorecer, en cambio, en supuestos de atentados contra la libertad en que la infracción del deber aparece como más relevante.⁹⁴

En definitiva, los delitos contra las funciones estatales se configuran, en su mayoría, como delitos de infracción de deber. Siempre, claro está, que se trate de conductas realizadas por una persona especialmente obligada y garante de que el funcionamiento concreto de los entes estatales responda a los parámetros de legalidad, imparcialidad, eficacia, etc., que le son exigibles. Sea porque el deber que le incumbe forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas, o bien, porque ese deber integra a la persona en la institución respectiva.⁹⁵ Ello no obsta a que la función pública también pueda verse afectada “desde fuera”, por la conducta de particulares ajenos a ella, sobre los que no pesa ningún deber especial institucional. En estos supuestos, los eventuales delitos se configurarán como delitos de dominio, delitos en que se responde por la propia organización y por el modo en que ello pueda afectar al bien jurídico protegido.

6. SOBRE EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

El concepto de empleado o funcionario público a efectos penales ha sido objeto, en Chile, de amplia discusión legislativa, doctrinal y jurisprudencial. En el último debate parlamentario que dio origen a las leyes penales y administrativas anticorrupción, el Congreso Nacional decidió no innovar sobre el concepto de empleado público a efectos penales, por estimar que la norma actualmente vigente era suficientemente amplia y comprensiva de las situaciones discutidas en el pasado. El concepto funcional de empleado público es el que prevalece y se aplica al tenor de su texto a los empleados remunerados o no, a los de elección popular y a las autoridades o empleados de cualquier nivel, incluidos los tres poderes del Estado. La Ley

⁹⁴ Incoherencia que ha sido especialmente destacada por CURY: “Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios”, ob. cit., p. 302.

⁹⁵ Cfr. JAKOBS: *Derecho Penal*. PG, ob. cit., § 25/46 (p. 877).

Nº 19.645, del 11 de diciembre de 1999, que modificó los denominados “delitos funcionarios”, no cambió, entonces, el concepto establecido en el artículo 260 del Código Penal.

Si bien puede afirmarse que la mayoría de los problemas que se originaron en el pasado con respecto a la interpretación de la norma establecida en el artículo 260 del Código Penal han sido superados, podemos darnos cuenta, al analizar la jurisprudencia reciente, que la decisión del legislador de considerar suficientemente amplia la norma vigente no es del todo correcta, pues, en la práctica, se siguen presentando dudas acerca de la calidad de funcionario público de determinadas personas.

6.1. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 260 DEL CÓDIGO PENAL

El texto primitivo del artículo 260 del Código Penal chileno era el siguiente: “*Para los efectos de este Título y del párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo público, aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado*”.

Esta norma fue tomada del Código Penal español de 1870, cuyo art. 416 establece que “para los efectos de este título y de los anteriores del presente Libro se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”.

En atención a que en la legislación chilena habían surgido instituciones públicas denominadas *semifiscales* y de *administración autónoma* y dado que existían dudas jurisprudenciales respecto a la calidad de funcionario público de los alcaldes y regidores, la Ley Nº 13.211, de 1958, en su art. 14, modificó el art. 260 CP, intercalando a continuación de la palabra “público” la siguiente frase: “semifiscal, de administración autónoma y municipal”, quedando la definición como sigue: “Para los efectos de este Título y del párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo público, semifiscal, de administración autónoma y municipal, aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República ni reciba sueldo del Estado”.

Esta norma se introdujo por la vía de la indicación en un proyecto destinado a legislar en materia previsional y, según se explica en el informe de la Comisión de Trabajo de la Cámara, la



modificación fue estimada necesaria para completar la definición del art. 260 CP, haciéndola extensiva a las personas que desempeñan funciones en instituciones semifiscales, de administración autónoma o municipalidades, para los efectos penales que allí se indican.⁹⁶

Dicha modificación ha sido criticada por ETCHEBERRY, quien estima que, debido a la amplitud de la norma primitiva del Código Penal, ésta ya comprendía a los funcionarios de entidades públicas como las ya señaladas; lo que lo lleva a calificar la modificación como redundante y recargada.

Con motivo de un proyecto de ley del gobierno, en 1962, para reorganizar los servicios de Impuestos Internos, Tesorería, Aduanas y el Consejo de Defensa del Estado, en el segundo trámite, en el Senado, la Comisión de Gobierno encomendó a los profesores Novoa Monreal y Silva Cimma redactar algunas enmiendas a las leyes orgánicas de esos servicios y reemplazar el art. 260 del CP.

En virtud de lo anterior, el art. 260 pasó a tener la siguiente redacción, que conserva hasta hoy: "Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, 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 de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular".

La modificación asimila los conceptos de *cargo* y *función*, incorporando expresamente la expresión "función pública" al concepto de empleado público. Enseguida, la reforma amplía la noción de empleado público a aquellos que se desempeñen "en los organismos creados por el Estado o dependientes de él". Por esto, puede estimarse que trató de eliminar algunas de las vacilaciones jurisprudenciales respecto del alcance de la anterior reforma de la Ley N° 13.211 y que quiso enfatizar el carácter amplio del concepto de funcionario público.

⁹⁶ En general, sobre la evolución de este precepto legal, SADÁ AZNAR, S., *La calidad de funcionario público a efectos penales*, U. Católica de Valparaíso, 2003, pp. 5-25.

6.2. EL CONCEPTO PENAL Y EL CONCEPTO ADMINISTRATIVO DE FUNCIONARIO

La primera cuestión que se plantea a nivel doctrinal es si el Derecho Penal maneja un concepto propio de *funcionario*, o si debe utilizarse un concepto extraído de otras ramas jurídicas como el Derecho Administrativo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el concepto penal de funcionario público es una noción autónoma y propia de esta rama jurídica. La autonomía se funda en que al legislador penal no le interesa tanto la "calificación jurídica" que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la Administración, sino el hecho de que un sujeto interviene en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección de un servicio público.

El concepto que analizamos es *funcional* cuando la calidad de funcionario público queda determinada por la función pública que desempeña éste; y es *formal* cuando lo determinante es el cumplimiento de determinadas formalidades de elección o de nombramiento. Opina ETCHEBERRY que para el Derecho Penal puede decirse que la función crea al empleado, y no a la inversa; en el sentido de que no son necesarios ni el nombramiento del Jefe de Estado ni la remuneración, y de que, incluso, los funcionarios de elección popular están incluidos en el concepto. Esto es particularmente importante, porque resuelve de modo tajante un punto que es controvertido en otras legislaciones.⁹⁷

En el Derecho Administrativo se encuentra muy difundida la distinción entre "empleado" y "funcionario", y se estima que este último está investido de cierta autoridad o autonomía de determinación, en tanto que el empleado, es subordinado al funcionario y sólo realiza tareas de ejecución. En el ámbito del Derecho Penal, en cambio, se establece una sinonimia entre las expresiones "empleado" y "funcionario", de modo que incluso el Presidente de la República es un empleado público para los efectos de los delitos designados en ese párrafo, al igual que los parlamentarios, los miembros del Poder Judicial, los alcaldes, etc. Así lo demuestra la circunstancia de incluirse expresamente a quienes desempeñan cargos de elección popular, que corrientemente no son llamados "empleados públicos". Además, la definición del art. 260 aparece dada también para los

⁹⁷ ETCHEBERRY, A.: *Derecho Penal*, ob. cit., IV, p. 205.



efectos del párrafo IV del Título III, el cual se refiere a los delitos contra los derechos constitucionales que cometen los "funcionarios" públicos, lo que nos indica la sinonimia entre ambas expresiones.⁹⁸ Por otro lado, PIERRY sostiene que la distinción entre funcionarios y empleados, a pesar de su justificación teórica, pareciera no haber sido utilizada en Chile, por la constante referencia a ambos términos.⁹⁹

6.3. FUNCIONARIO PÚBLICO Y FUNCIÓN PÚBLICA

Del artículo 260 CP se desprende que este cuerpo legal considera empleado público a quien *desempeña una función pública*, siempre que ello ocurra en un órgano de la administración central, en empresas semifiscales, municipales o estatales; o en organismos creados por el Estado o dependientes de él. Veamos, en primer término, qué debemos entender por *función pública* para estos efectos.

El Código Penal no ofrece una definición de aquel concepto y tampoco lo hace la doctrina chilena. Por esta razón veremos, primero, lo que ha entendido la doctrina española al respecto y, a continuación, el concepto de función pública que ofrece la Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo 1º.

Entre los autores españoles, MIR PUIG distingue una perspectiva *teleológica* o *finalista* en la que la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final. Este criterio señala que la función administrativa persigue la satisfacción de necesidades materiales de interés general; en otras palabras, tiende al bien común, en el sentido de que tiene la finalidad de alcanzar el interés general o público mediante la prestación de determinados servicios.

Distingue, enseguida, una concepción *objetiva* o *formal*. Según esta concepción la función será pública o privada de acuerdo al sector del ordenamiento jurídico que contemple el régimen de giro del ente público; es decir, si su giro o actividad está sometido al derecho público, serán públicas las funciones, y si está sometido al derecho privado, serán funciones privadas.

Señala, por último, una *concepción mixta*, que combina los criterios teleológico-subjetivo y objetivo, exigiendo para la construcción del

concepto de función pública tres requisitos: el subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público), el teleológico (función pública es aquella que persigue fines públicos) y el objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público). Para esta última concepción, sin embargo, el elemento teleológico sería el *esencial*, en el sentido de que su ausencia privaría en todo caso del carácter público a la acción.

Concluye el autor que no se exige la nota de *incorporación* a la función pública propia del concepto administrativo de funcionario público, *bastando la mera participación en la función pública*, no exigiendo el Código Penal la nota de permanencia, ni tampoco la oposición o el concurso, ni figurar en la planta.¹⁰⁰

Por su parte, OLAIZOLA, también con base en el Código Penal español, propone tres definiciones del concepto muy similares a las de MIR PUIG. Afirma que la distinción entre funciones públicas y privadas no podrá ser sino formal. En consecuencia, quienes presten sus servicios en una entidad sometida al derecho público serán funcionarios públicos a efectos penales, independientemente de que su régimen estatutario personal no sea público. En segundo lugar, cita el criterio teleológico, de acuerdo con el cual se define la función pública como aquella que se proyecta al interés colectivo o social, al bien común y que es realizada por órganos estatales o paraestatales. Cita, por último, el tercer criterio, que combina los parámetros funcional y teleológico, y define la función pública como aquellas manifestaciones de la actividad del Estado que consisten en legislar, juzgar y ejecutar, y mediante las cuales aquél persigue la obtención de sus fines.¹⁰¹

En un sentido totalmente coincidente con el que sustenta el Código Penal chileno, la Convención Interamericana contra la Corrupción, en su artículo primero, define *función pública* como: "Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de los niveles jerárquicos".

Cabe preguntarse, ahora, qué se entiende por *participar* en el ejercicio de la función pública, elemento que también figura entre los rasgos definitorios de la noción de funcionario. En relación con esto, REBOLLO VARGAS señala el punto de partida para dar una

⁹⁸ ETCHEBERRY, A.: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob. cit., IV, p. 206.

⁹⁹ PIERRY, P.: "Transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX", en *Revista de Derecho U. Católica de Valparaíso*, 10, 1986, p. 14.

¹⁰⁰ MIR PUIG, C.: *Los Delitos contra la Administración Pública...*, ob. cit., pp. 23-24.

¹⁰¹ OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 79-80.

respuesta, debe ser la aptitud o capacidad del funcionario público para lesionar el bien jurídico en cada tipo concreto. Es decir, "el participar en el ejercicio de la función pública" debe entenderse como el ejercicio de la función. Por ello, uno de los elementos esenciales para delimitar en qué consiste la *participación* en el ejercicio de la función pública debe ser un criterio de índole material o, lo que es lo mismo, de *capacidad de afectar* al bien jurídico protegido.

Sin embargo, además de esa capacidad de afectar al bien jurídico protegido, también es necesario hacer una segunda consideración, y es que debe actuarse en el ámbito del ejercicio de una función, aunque no sea exactamente el titular de la misma. Es decir, la actividad profesional del sujeto debe desenvolverse en el ámbito de una (su) función, por ser esto lo que lo deja en situación de lesionar el bien jurídico.¹⁰²

7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA

La gran mayoría de los delitos que atentan contra la función pública se configuran como *delitos especiales*, esto es, delitos en los que se requiere que concurra una calidad especial en el sujeto activo que ejecuta la conducta.

En rigor, no existe un concepto que permita unificar la figura del *sujeto activo* en estos ilícitos, ni siquiera respecto de los tipos que integran el Título V Libro II del CP, en el que se encuentra la mayoría de los delitos contra la función pública. En la mayor parte de ellos, tal condición es asumida por un *empleado público*, locución cuyo significado acabamos de explicar; o por un segmento de los agentes estatales, como sucede en el caso de la prevaricación de funcionarios judiciales (arts. 223 a 227). Pero hay también, dentro de dicho título, delitos en los cuales el hechor es un particular que ejerce una función de especial relevancia social, como los peritos y compromisarios mencionados en el art. 227 N° 3 o el abogado y el procurador a que se refiere el art. 231.

El que estemos frente a delitos especiales nos obliga a fijarnos en las cuestiones que plantea desde un punto de vista dogmático la

¹⁰² REBOLLO VARGAS, R.: *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, ob. cit., pp. 89-90.

intervención en estas figuras, lo que se ha convertido, con carácter general, en un tema profundamente controvertido.¹⁰³ Al respecto, las dificultades surgen para determinar los elementos del tipo que deben concurrir en la conducta del autor y en la del partícipe, el título de castigo por el que se puede sancionar a cada uno, el quantum de la pena a imponer a quien interviene en un delito especial sin que en él concurren las condiciones personales exigidas para el autor, etc.

Se trata de temas de enorme complejidad que están siendo actualmente sometidos a revisión por la doctrina, pero su tratamiento aquí sólo podrá limitarse a una breve exposición de las cuestiones principales y la solución a las mismas que nos ofrece la doctrina nacional, así como a la enunciación de algunas formas alternativas de afrontar estos problemas, fundamentalmente según el criterio que identifica a muchos de los delitos contra la función pública como *delitos de infracción de deber*, al que ya hemos hecho referencia.

7.1. COMUNICABILIDAD DE LA CALIDAD ESPECIAL DEL SUJETO ACTIVO

Cuando estamos frente a un ilícito penal configurado como delito especial, es posible que junto al autor intervenga también, como coautor o partícipe, un individuo que no reúne la calidad especial exigida por el tipo, en cuyo caso surge la necesidad de determinar si a éste —denominado *extraneus*— se le comunica o no la calidad que sí se da en el autor, denominado sujeto calificado o *intraneus*. En otras palabras, si el partícipe que no posee la calidad especial, por ejemplo la de funcionario, va a ser castigado conforme al mismo título que resulta aplicable respecto del autor que sí la posee —caso en el cual se dice que aquella calidad *se comunica* al partícipe— o si, por el contrario, debe quedar impune o bien ser sancionado conforme a un título distinto, casos en los cuales se habla de *incomunicabilidad*.

Sabido es que el Código Penal chileno no resuelve el problema de la comunicabilidad de los elementos del tipo de índole *personal*, aunque sí contempla una fórmula aplicable a las circunstancias modificatorias de esa misma índole. El artículo 64, en efecto, dispone

¹⁰³ RUEDA MARTIN, M. A.: "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública", en *RDPPC*, N° 8, 2001, p. 128.



que las circunstancias atenuantes o agravantes personales “servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren”, consignando de este modo la regla de la incomunicabilidad de las circunstancias modificatorias de índole personal.

Un sector minoritario de la doctrina plantea la *comunicabilidad* de los elementos del tipo de carácter personal¹⁰⁴—como lo es la calidad de funcionario en esta clase de delitos—, respecto de todas las figuras delictivas, basándose en que la regla de la incomunicabilidad sólo está establecida en relación con las circunstancias modificatorias, de manera que no habría inconveniente para adoptar una solución distinta en el caso de los elementos del tipo: una materia que no está expresamente regulada. Esta posición se apoya, además, en el principio de *unidad del título de imputación*, en virtud del cual todos los que intervienen en un hecho deberían ser sancionados por un mismo título, principio que se complementa con el de *accesoriedad*, que determina que la punibilidad de la conducta del partícipe sea definida en relación con el hecho típico y antijurídico al que se subordina.

Otro sector, también minoritario,¹⁰⁵ postula la *incomunicabilidad* de los elementos del tipo de carácter personal, igualmente respecto de todas las figuras delictivas, basándose en que si el Código Penal establece la imposibilidad de comunicar una circunstancia modificatoria, cuyo efecto sólo incide en el quantum de la pena, con mayor razón habremos de entender que no puede comunicarse un elemento del tipo, cuyo efecto se proyecta sobre la existencia misma de la pena. “Este punto de vista arranca del principio de que cada concurrente debe ser castigado según la naturaleza del injusto en que ha incurrido, el cual no puede, ciertamente, materializar circunstancias personales que no se presentan en el sujeto”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Criterio de la *comunicabilidad extrema*, defendido por NOVOA, E.: *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, Santiago, Conosur, 1985, II, p. 239, y GARRIDO MONTT: *Derecho Penal*, II, ob. cit., p. 332.

¹⁰⁵ Era la postura defendida por CURY: *Derecho penal*. PG, II, ob. cit., pp. 232-233, y CURY URZÚA/MATUS ACUÑA: “De las personas responsables de los delitos. Artículos 14 a 17”, ob. cit., p. 234. Sin embargo, en las últimas ediciones de su manual la ha abandonado, por las lagunas de punibilidad a que conduce, cfr. CURY: *Derecho penal*. PG, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 646-647.

¹⁰⁶ CURY: *Derecho Penal*. PG, II, ob. cit., p. 232.

La posición mayoritaria en la doctrina chilena¹⁰⁷ distingue entre aquellos delitos en que la calidad especial exigida por el tipo es determinante de la ilicitud (para los cuales se reserva el nombre de *delitos especiales propios*, cuyo ejemplo más característico es la prevaricación del art. 223 N° 1) y aquellos delitos en que la calidad especial exigida por el tipo sólo es determinante de un trato más severo o más benigno (para los cuales se reserva el nombre de *delitos especiales improprios*, uno de cuyos ejemplos es la malversación por apropiación, del art. 233).¹⁰⁸ Como en los delitos especiales improprios siempre existe un tipo paralelo—más benigno—¹⁰⁹ para aplicar a la persona en quien no se da la calidad exigida en la figura especial, resulta que ésta en el fondo opera como agravante, siendo perfectamente aplicable en estos casos la regla de la incomunicabilidad establecida en el artículo 64. En los delitos especiales propios, en cambio, no existe un título de castigo paralelo, de manera que no resulta aplicable la regla de la incomunicabilidad contemplada en dicho artículo, estimándose que es admisible plantear respecto de ellos la comunicabilidad de la condición especial.

Pese al mérito de esta última solución, que impide la impunidad de la intervención de la persona que no reúne la calidad especial exigida por el tipo en los delitos especiales propios, no puede obviarse lo insatisfactorio de la solución desde un punto de vista valorativo. Porque ella significa que se va a imponer al *extraneus* la misma pena que al *intraneus*, a pesar de que en el primero no concurren las circunstancias personales que *fundamentan* el ilícito en cuestión y, en particular, a pesar de que en su caso no existe una infracción del deber específico del autor.¹¹⁰ Además, esto implica un tratamiento

¹⁰⁷ Vid. ETCHEBERRY: *Derecho Penal*, ob. cit., II, pp. 81 y ss., y POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ: *Lecciones de Derecho Penal chileno*. PG, ob. cit., pp. 420-421.

¹⁰⁸ ETCHEBERRY: *Derecho Penal*, ob. cit., IV, pp. 207-209, y POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ: *Lecciones de Derecho Penal chileno*, PE, ob. cit., pp. 466-467.

¹⁰⁹ Salvo algún caso muy excepcional, como ocurre con el infanticidio.

¹¹⁰ En relación con los delitos que ahora nos interesan, es posible establecer que entre los factores que justifican el castigo de quien ostenta la calidad de funcionario y, en su caso, el mayor desvalor atribuido a su intervención, se cuentan el hecho de que los actos realizados por un agente estatal son atribuibles u obligan a la Administración y que su ejecución normalmente importa abuso de poder o el aprovechamiento de ciertas ventajas. MENDEZ RODRÍGUEZ, C.: “Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, ob. cit., pp. 363-365. Para VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F.: *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Santiago de Compostela. Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, pp. 355 y ss., el abuso de poder y la infracción del deber son los datos de especificación de delitos contra la Administración Pública.



desigual del partícipe no cualificado, según se esté ante un delito especial propio o impropio. En el primer caso, como decíamos, se le sanciona con el mismo rigor que al *intraneus*, mientras que en el segundo su responsabilidad resulta atenuada, porque la pena se fija de conformidad con un delito común de menor severidad. En otras palabras, se atenúa la responsabilidad penal cuando la calidad especial sólo *modifica* la gravedad del hecho, mientras que ello no ocurre cuando la *fundamenta*.

Para evitar esta desigualdad de tratamiento, la legislación alemana consagra expresamente una solución en el § 28.1 StGB, que incorpora una atenuación especial obligatoria para los casos en que en el partícipe no concurren las características personales que fundamenten la punibilidad del autor. En España, recientemente, se ha adoptado una solución similar a través de la incorporación del art. 65.3 en el Código Penal de 1995.¹¹¹ De este modo, sea porque se le aplica esta atenuante en relación con el delito especial propio o porque se le sanciona en virtud del tipo común paralelo al delito especial impropio, el resultado es que al *extraneus* siempre se le impondrá una pena menor que al *intraneus*, solución que se corresponde bien con el menor injusto que representa su conducta.

Como nuestro ordenamiento no ofrece una solución directa ni admite la aplicación de una *atenuante analógica*, en el caso de los delitos especiales propios sólo queda optar entre la impunidad de la intervención del partícipe, o castigarlo con la misma severidad con que se sanciona al autor en quien concurre la calidad personal que fundamenta el injusto penal, aun cuando ello suponga un tratamiento desigual en relación con el que se le da al *extraneus* en un delito especial impropio.

Por otra parte, cuando el autor es un *extraneus* que actúa junto a un partícipe que sí reúne la calidad exigida por el tipo, partiendo de la base de la teoría mayoritaria de la comunicabilidad limitada, la tendencia es castigar al primero por el delito común ejecutado, mientras que a quien reúne la calidad especial se le sanciona en virtud

¹¹¹ Por LO 15/2003, de 25 de noviembre de 2003. Con anterioridad, sin embargo, la jurisprudencia había llegado a la misma conclusión acudiendo al instituto de la analogía *in bonam partem*. Específicamente, la pena del partícipe *extraneus* era morigerada aplicándole la circunstancia atenuante del art. 21.6 CP, por no concurrir en él la calidad especial exigida en el tipo. Vid., por ejemplo, en relación con el delito de prevaricación de funcionarios públicos, MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración Pública...*, ob. cit., pp. 72 v ss.

del delito especial impropio en que se recoge el mayor desvalor que dicha calidad representa. Es decir, se hace primar la naturaleza de la acción individual de cada uno de los intervinientes para determinar el título de castigo en cada caso.¹¹² Frente a este criterio, sin embargo, hay quienes proponen la solución contraria, es decir, que al *intraneus* se le sancione por el mismo título de castigo que al autor principal. Este criterio tiene como fundamento la consideración sobre el rol garantizador y trascendental que representa el *tipo penal* en la teoría del delito, como elemento informador de todos los aspectos del delito, incluido el ámbito de la participación criminal. En consecuencia, si se estima que el hecho típico realmente perpetrado es el descrito en el delito común, en virtud del principio de accesoriedad, al partícipe "*intraneus*" no se le puede sancionar por un título diferente, como partícipe en un delito que no se ha realizado.¹¹³ En todo caso, este no es un problema de comunicabilidad de las calidades especiales, sino de determinación de la *tipicidad* de la conducta.

7.2. LIMITACIÓN DE LA ESFERA DE LA AUTORÍA EN LOS DELITOS ESPECIALES

La discusión sobre la participación y la determinación del título de castigo para la persona en quien no concurren las circunstancias personales exigidas por el tipo ha girado, tradicionalmente, en torno a la distinción entre delitos especiales propios e impropios. Sin embargo, algunos autores proponen revisar esta división, por estar estructurada sobre la base de criterios formales, y reemplazarla por otra que manifieste una mayor capacidad para resolver los problemas que ahora nos planteamos, que habrá de formularse en atención al fundamento *material* que está detrás de la limitación de la esfera de posibles autores en esta clase de delitos. En otras palabras, se plantea "la necesidad de superar la consideración formal del delito especial para atender a las peculiaridades que presenta su estructura típica [...] al estudio de las repercusiones que pueda tener la integración del elemento especial de la autoría en el tipo a la hora de la configuración del correspondiente contenido de injusto".¹¹⁴

¹¹² En este sentido, GARRIDO MONTT: *Derecho Penal*, III, ob. cit., pp. 82-83.

¹¹³ Cfr., por todos, el voto minoritario del profesor Carlos Künsemüller L., en la SCA San Miguel 31.01.1990 (GJ N° 117, p. 68).

¹¹⁴ VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS: *Los delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., pp. 315-316.

Cuestionando el sentido de la distinción entre delitos especiales propios e impropios, se ha sostenido, según un primer punto de vista contrario a la posición dominante, que los delitos especiales *impropios* no constituyen delitos distintos a los comunes, sino que tan sólo contienen agravaciones de carácter personal. Agravaciones que no son más que elementos típicos accidentales que no determinan un cambio de delito. El *extraneus*, por consiguiente, no ha de verse como un interviniente en un delito especial, sino en el único delito existente.¹¹⁵ Los denominados delitos especiales impropios no serían, en consecuencia, *delitos especiales*. La conducta típica deberá juzgarse al margen de que concorra un deber en los intervinientes; sólo después de constituido el tipo y decidido el grado de participación, deberá tenerse en cuenta la posible agravación para el sujeto en quien concurre la cualidad personal.

En un sentido radicalmente opuesto, otra parte de la doctrina –también minoritaria– considera que los denominados delitos especiales *impropios* son siempre, en realidad, delitos especiales *propios*.¹¹⁶ Porque son figuras que imponen una pena mayor al autor que ha infringido un deber especial, sólo aplicables a la persona sobre quien recae ese deber, que tienen un fundamento diverso al de los *delitos de dominio* comunes que existen en forma paralela, pues éste radica, precisamente, en la infracción del deber. En otras palabras, son tipos que tienen una base material similar a la de los delitos especiales propios y diversa a la de los delitos comunes: la calidad especial del autor es, también en estos casos, el fundamento de la ilicitud de la figura.

En términos más generales, la moderna teoría del delito especial, nutriéndose de presupuestos metodológicos objetivos, opta por analizar por separado –caso por caso– el contenido de esa relación entre el sujeto y el bien jurídico que expresan las calidades especiales de autor. En consonancia con ello, se distingue entre delitos que son especiales porque limitan el círculo de autores a aquellos que se encuentran en una posición originada por situaciones reguladas en normas extrapenales (*posición jurídica*), y de-

¹¹⁵ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Buenos Aires, Edit. BdeF, 2004, L 15/43-48. En el mismo sentido. ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., pp. 238-240.

¹¹⁶ Así, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., pp. 249 y ss. y 253 y ss. Tesis que aplaude el propio JAKOBS en el prólogo de ese libro (p. 19).

litos en que la delimitación del sujeto activo obedece a la *posición fáctica* en que éste se encuentra en relación con el bien jurídico-penalmente tutelado.¹¹⁷ En otras palabras, se diferencia entre los delitos especiales en que la infracción de un deber es el núcleo de la conducta típica, y aquellos otros en que la restricción a ciertos sujetos activos obedece sólo a que se hallan en una posición idónea para lesionar el bien jurídico.¹¹⁸

Además, la situación peculiar en que se encuentra el autor del delito especial “viene reconducida a los esquemas conceptuales propios de la posición de garante en tutela del bien jurídico como elemento típico de los delitos de omisión impropia”.¹¹⁹

En esta línea se ubican teorías como la de los *delitos de dominio social* de GRACIA MARTÍN, y la de los *Pflichtdelikten* de ROXIN,¹²⁰ a cuyas conclusiones nos referiremos sintéticamente enseguida.

7.3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Como ya hemos esbozado,¹²¹ el principal corolario de la categoría de los delitos de infracción de deber dice relación con el problema de la autoría y participación, con consecuencias que van más allá de la determinación del título de castigo en los delitos especiales.

En los delitos de infracción de deber el obligado responde como *autor*, sólo por la infracción de un deber especial, con independencia de la forma como organice su conducta o del dominio que pueda tener en el hecho. “El fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta. La lesión del deber es contemplada

¹¹⁷ Cfr. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS: *Los delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 321.

¹¹⁸ En Alemania es clásica la bipartición entre “verdaderos delitos especiales” y “delitos comunes subjetivamente limitados”.

¹¹⁹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS: *Los delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 322.

¹²⁰ Entre las teorías más recientes, puede añadirse también la propuesta por ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., pp. 238-246, quien distingue entre *delitos de posición* y *delitos especiales de deber*.

¹²¹ Vid. *supra*, Cap. III, 5.

en el ámbito de la valoración –abstracta– y no en el nivel del suceso –fáctico– del mundo exterior”.¹²²

El injusto jurídico-penal viene dado exclusivamente por la lesión del deber y dicha lesión no es cuantificable –se trata de una cuestión cualitativa antes que cuantitativa–,¹²³ porque ella dice relación con un deber especial que compete sólo a su portador, es decir, de carácter personal, que no depende de *cuánto* se domine en una situación típica. En consecuencia, cabe concluir que “el obligado especial ha nacido para ser sólo *autor directo*, y no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe (instigador o cómplice)”.¹²⁴

Por tanto, un juez (*intraneus* y obligado especial) que encargue indebidamente a una de las partes (*extraneus*) la redacción de una sentencia injusta infringe su deber especial a título de autor, aunque no domine personalmente la redacción del texto; y a la inversa, el *extraneus* no responde como autor, pese a obrar con pleno dominio del acontecer. Del mismo modo, si un padre entrega el cuchillo con que el asesino da muerte a su hijo, ha de ser sancionado como autor y no como cómplice, por la infracción al deber de protección que dicha conducta supone.

Como en esta clase de delitos el fundamento de la responsabilidad es la infracción del deber, resulta que sólo el obligado por dicho deber puede ser autor y que él *siempre* es autor, cualquiera sea el dominio efectivo que ejerza sobre el hecho.¹²⁵ Es decir, las formas de autoría quedan limitadas a la autoría directa del *intraneus*, porque él es quien responde de la propia existencia del bien jurídico, de forma que “la

¹²² CARO JOHN: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, ob. cit., p. 58.

¹²³ Cfr., con alusiones a MÜSSIG y JAKOBS, CARO JOHN: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, ob. cit., p. 66.

¹²⁴ CARO JOHN: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, ob. cit., p. 70, conclusión a la que llega luego de analizar particularizadamente cada posible situación. En el mismo sentido, JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 21/116 (p. 791).

¹²⁵ Esta última conclusión ha sido uno de los aspectos más objetados de la tesis de ROXIN, porque va demasiado lejos y contradice el principio de legalidad, que prohíbe considerar a las acciones de inducción o cooperación como acciones de autoría, salvo que la ley lo diga expresamente. Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO: *Ea prevaricación del funcionario público*, Madrid, Civitas, 1980, p. 229; REBOLLO VARGAS, R.: “Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura”, en *ADPCP* 53, 2000, pp. 139 y 150, y RUEDA MARTÍN: “Reflexiones sobre la participación de extraños...”, ob. cit., p. 135.

relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria”.¹²⁶ En razón de esa relación directa de cada garante con el bien, se excluyen la autoría mediata y la coautoría.¹²⁷ El interviniente será al menos autor por omisión, sin perjuicio de que pueda serlo también por comisión, cuando aporte activamente a la afectación del bien jurídico.¹²⁸

Esta es la solución que adopta el propio texto legal cuando, expresamente, en el caso de los delitos de malversación y fraude, sanciona de igual manera al funcionario tanto cuando es él mismo quien sustrae o defrauda, como cuando consiente –no evita– en que otro sustraiga o defraude (arts. 233 y 239 CP). Todas estas conductas son calificadas como autoría –aunque algunas sólo constituyan acciones de complicidad–, pues todas suponen idéntica infracción del deber que compete a ciertos funcionarios de custodiar los bienes que están a su cargo o el patrimonio del Estado al intervenir en determinadas operaciones.¹²⁹ En estos supuestos se puede observar, además, la *identificación* entre comisión y omisión que esta clase de delitos deja en evidencia.¹³⁰

En lo que respecta al *extraneus* que participa de algún modo en un delito especial, no puede ser sancionado en virtud del delito de infracción de deber. En efecto, si el fundamento de la responsabilidad en esta clase de ilícitos es la infracción de deber, la persona sobre quien no recae ninguna particular obligación de protección o garantía de un bien jurídico no realiza un ilícito punible. La ausencia del deber que fundamenta la punibilidad del autor cerraría la posibilidad de la responsabilidad para el interviniente en quien no concurre y las reglas de accesoriedad no serían aplicables. Existirían tres posibilidades en lo relativo a la participación en estos delitos: a) excluir la posibilidad de toda participación, b) admitir que el

¹²⁶ JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 21/116 (p. 791).

¹²⁷ Cfr. JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 21/116 (p. 791), y RAMOS TAPIA: *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 437.

¹²⁸ La distinción entre comisión y omisión pierde su sentido, cfr. JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., §§ 7/70 (p. 267) y 21/116 (p. 791).

¹²⁹ ROXIN: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, ob. cit., pp. 389-390, destacaba soluciones similares del legislador alemán en los delitos de evasión de presos (§ 347 StGB) e infidelidad en la custodia de correspondencia (§ 354 StGB), hoy derogados.

¹³⁰ Cfr. JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, ob. cit., § 7/70 (p. 267) y, más extensamente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., pp. 73-82.

extraneus comete un delito propio de infracción del deber (delito autónomo de participación), o c) imputar al *extraneus* el injusto (ajeno) del *intranseus*.¹³¹

La solución más acorde con la fundamentación que se ha dado en esta clase de delitos sería la de descartar el castigo del *extraneus* por su intervención, en la medida en que a él no le alcanza la norma de conducta presupuesta en el tipo.¹³² Impunidad que se produciría, al menos, en relación con los delitos especiales *proprios*. En los *impropios*, en cambio, la existencia de un tipo paralelo configurado como delito de dominio serviría como título de imputación suficiente para sancionar a aquel en quien no concurre la calidad especial exigida en el tipo, en la medida en que hubiere configurado su ámbito de organización de un modo deficiente que afecte al bien jurídicamente protegido.

Lo insatisfactorio de esta alternativa, que en los delitos especiales propios significa la impunidad de conductas que presentan merecimiento de pena, porque realmente afectan el buen funcionamiento de la Administración, sólo podría solucionarse a través de tipos penales específicos que castiguen la intervención de particulares en esta clase de delitos especiales.¹³³ Es lo que sucede, con carácter general, con las normas que sancionan la *inducción* por parte de un *extraneus* para que un funcionario público cometa un delito contra la Administración Pública (delito de cohecho, art. 250 CP).¹³⁴

¹³¹ ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., p. 226, recoge esta tripartición de soluciones propuesta por LESCH, H.: *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt, 1992, p. 300.

¹³² Es la solución que propone, desde su propia concepción —crítica respecto de la teoría de los delitos de infracción de deber—, ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., p. 242, porque al *extraneus* no le alcanza la norma de conducta presupuesta en el tipo, pues no se encuentra en una posición típicamente idónea para lesionar el bien.

¹³³ Cf. ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., p. 244.

¹³⁴ En el Código Penal español de 1995 se incluyen numerosas disposiciones para sancionar la conducta del *extraneus* en relación con algunos delitos funcionarios: en los *nombramientos ilegales*, el art. 406 castiga al particular que acepta el nombramiento sabiendo que carece de los requisitos legales; en la *infidelidad en la custodia de documentos*, el art. 414 sanciona al particular que destruya o inutilice los medios puestos para impedir el acceso a documentos; en la *violación de secretos*, el art. 418 se refiere al particular que aproveche para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad; y en el *tráfico de influencias*, el art. 429 sanciona al particular que influye en un funcionario público para conseguir una resolución que pueda favorecer económicamente a alguien.

Pese a lo anterior, algunos partidarios de la teoría de los delitos de infracción de deber afirman la punibilidad del *extraneus* en todos los supuestos manteniendo la unidad del título de imputación. Aunque la lesión de la institución es innaccesible para el *extraneus* por sí solo, se considera que la presencia de un interviniente que aporta el deber abriría la posibilidad de dicha lesión, de modo tal que quien no tiene un deber especial ha de responder —aunque en forma atenuada— por poner en tela de juicio la institución.¹³⁵ Pero en estos supuestos es evidente que su actuación sólo puede calificarse como una forma de participación en un hecho ajeno, nunca como autoría.

7.4. EL PROBLEMA DE LA AUTORÍA MEDIATA EN LOS DELITOS ESPECIALES

En general, en los delitos especiales propios e impropios la restricción de la esfera de posibles autores no implica una restricción en las modalidades de autoría. Es decir, el sujeto cualificado puede realizar la conducta por sí solo (autoría directa), conjuntamente con otros (coautoría) o a través de otro a quien utiliza como instrumento (autoría mediata).

Por su parte, la determinación del título de castigo —o impunidad— del *extraneus* que interviene en los hechos deberá adoptarse de conformidad al criterio asumido para resolver el problema de la comunicabilidad.

Aunque tradicionalmente se ha restringido la intervención del *extraneus* a conductas de *participación* en los delitos especiales, subsiste siempre la solución contraria, es decir, la que admite considerarlo

¹³⁵ Cf. RAMOS TAPIA: *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 446, y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 215 ss. De modo similar, a partir de la teoría del *dominio social del hecho*, RUEDA MARTÍN: "Reflexiones sobre la participación de extraños...", ob. cit., p. 162, concluye que "la imposición de la pena correspondiente al delito especial al partícipe *extraneus* es proporcionada a la gravedad de lo injusto que se ha cometido, es decir, valerse de un dominio social típico que ostenta un *intranseus* para lesionar más fácilmente un bien jurídico". Con todo, la admisibilidad de esta solución debe ser enjuiciada a partir de los efectos concretos a que ella puede conducir en un determinado ordenamiento jurídico. Así, parece ser la adecuada en la legislación alemana, en que el § 28 StGB obliga a castigar, con una pena disminuida, al partícipe en un delito especial. Pero en relación con el Código Penal español, el art. 65.3 puede llevar a consecuencias completamente insatisfactorias.

coautor o *autor mediato*, incluso en un delito especial propio. Así, por ejemplo, en los casos en que la conducta esté compuesta de varios actos, pues entonces es admisible que quien no podría ser autor único, pueda, en cambio, realizar directamente algún acto ejecutivo de los varios que integran el tipo. O bien, cuando se vale de un *intraneus* para cometer el delito que por sí solo no habría podido realizar. Su punibilidad, en todo caso, dependerá de la posición que se adopte en relación con el problema de la comunicabilidad.

En los delitos de *infracción de deber* la cuestión es diferente. En ellos, como acabamos de ver, sólo puede ser *autor* el sujeto sobre quien recae una especial obligación. En tanto que aquellos que intervienen de cualquier modo en el hecho, sin infringir ningún deber especial, no pueden ser más que *partícipes*, es decir, no pueden ser reputados autores directos, coautores ni autores mediatos en el delito. La misma solución se adopta a partir de construcciones similares, como la teoría del *dominio social del hecho*, la teoría de los *delitos especiales de deber* o, incluso según parte de la doctrina, desde el punto de vista que califica algunos de estos ilícitos como *delitos de propia mano*.¹³⁶ Se excluye la posibilidad de que el *extraneus* sea considerado *coautor*, porque no reúne los requisitos exigidos por el tipo. Por lo mismo, tampoco podría ser *autor mediato* de un delito especial propio, porque "quien no puede ser autor inmediato tampoco lo puede ser mediato". Según WELZEL, por ejemplo, "allí donde el delito de funcionario se agote en un injusto de pura actividad es preciso, además, que todo el hecho sea cometido por el sujeto cualificado, quedando excluida, por ello, la autoría mediata para éste (por ejemplo, en la prevaricación judicial)".¹³⁷ En otras palabras, en los delitos en que sólo el sujeto cualificado está en posición típicamente idónea para lesionar el bien jurídico la imputación es más restrictiva que en los delitos comunes.

Aunque se trata de construcciones dogmáticas discutidas, es necesario que nos detengamos brevemente sobre las implicancias de estas afirmaciones, que también se plantean desde criterios tradicionales; por ejemplo, si se adopta un criterio de incomunicabilidad respecto de las circunstancias personales exigidas por el tipo.

¹³⁶ Categoría que, sin embargo, resulta muy polémica y cuestionada en cuanto a sus fundamentos y consecuencias, vid., por todos, RAMOS TAPIA: *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 438.

¹³⁷ Citado por RODRIGUEZ CASTRO, J.: "El delito de prevaricación judicial y su problemática jurídico-penal", en *Actualidad Penal*, N° 18, 1988-1, p. 904.

Así, y desde cualquier punto de vista, es obvio que un *extraneus* no puede ser considerado *autor único y directo* de un delito especial. Si no interviene junto a él un sujeto cualificado, no se va a plantear siquiera la posibilidad de aplicar el tipo especial; y si éste sólo interviene como partícipe, aunque podrá discutirse el título de castigo aplicable al *intraneus*, es evidente que al sujeto no cualificado no se le puede castigar como autor del delito especial.

Afirmar que el *extraneus* tampoco puede ser estimado *coautor*, a pesar de actuar conjuntamente con un *intraneus*,¹³⁸ no reviste una importancia decisiva. Pues estos supuestos se pueden resolver, sin demasiados inconvenientes, calificando la actuación de la persona que no reúne la calidad especial exigida por el tipo, al menos, como una forma de complicidad.¹³⁹

La hipótesis más compleja, en tanto, es la de una eventual *autoría mediata*, es decir, aquella en que el autor no realiza personalmente el hecho, sino que se sirve de otro a quien utiliza como instrumento. El alcance de esta figura no está del todo definido, particularmente en los casos en que el sujeto utilizado como instrumento actúa dolosamente, pero no podemos detenernos ahora en ello. De un modo fundamentalmente descriptivo, nos limitaremos a plantear algunas interrogantes que surgen en relación con el problema de la autoría mediata en los delitos especiales, teniendo siempre como punto de partida el concepto de autor que deriva de la concepción del dominio del hecho; es decir, considerar que es autor —mediato.

¹³⁸ En los delitos de infracción ni siquiera es posible concebir un supuesto de coautoría entre varios obligados especiales, pues en realidad a cada uno se le imputa responsabilidad por su propia infracción de deber. El deber es personal y su lesión sólo puede tener lugar de manera individual, de modo que si varios obligados coinciden en la infracción de sus respectivos deberes no son más que *autores paralelos*, cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., pp. 181 y ss. y 285-287. Admite que podría hablarse de coautoría por vulneración en común del deber especial nacido de una posición de garante que conjuntamente ostentan varias personas (por ejemplo, los miembros de un tribunal). RAMOS TAPIA: *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 445.

¹³⁹ Así lo ha hecho la Corte Suprema, en sentencia de 2001, condenando sólo como cómplice de un delito especial de falsificación, del art. 196 bis A de la Ley N° 18.290, a una persona que había ejecutado parte de la conducta delictiva, por no tener la calidad de funcionario público. Sin embargo, de lo resuelto en esta sentencia se colige que el mecanismo de solución no es del todo satisfactorio, pues la persona en cuestión, que había realizado gran parte de la conducta típica, actuando concertadamente con otros funcionarios públicos, es sancionada de modo similar a otros intervinientes que por su escasa participación en el delito habían sido calificados como meros cómplices.



en estos casos— aquel que tiene el *dominio* del hecho que otro ejecuta materialmente.

Antes, es necesario distinguir dos grupos de casos que plantean problemas diversos, los que se organizan dependiendo del lugar en que se ubique el sujeto cualificado: según si él es el *hombre de atrás* o autor mediato, o si él es el *instrumento* utilizado por aquél.

7.4.1. Autoría mediata mediante instrumento no cualificado

Nos referimos a la hipótesis en que el sujeto cualificado —un juez, un testigo o un funcionario público— se vale de otro no cualificado para que realice la conducta. En estos casos no hay razón para negar el castigo al *intraneus* como *autor mediato* del delito, en cuanto él tenga el dominio sobre el hecho materialmente ejecutado por un tercero. Desde el punto de vista de los delitos de infracción de deber, en tanto, el *intraneus* deberá reputarse simplemente *autor* del delito, pues ha infringido el deber especial personal que sobre él recae, sin importar el cuántum de su aportación a la ejecución del hecho. La persona utilizada como instrumento, en tanto, devendría impune.

Parte de la doctrina acepta que la autoría mediata se configura incluso cuando el “instrumento” actúa con dolo, siempre, claro, que el hombre de atrás mantenga todavía el dominio del hecho. Entonces habría que concluir que el “autor” inmediato *extraneus* realizaría el tipo especial —si es posible— o el tipo común paralelo —si éste existe—, del que sería responsable como *partícipe* (no podría ser autor si no tiene el dominio del hecho).¹⁴⁰ El *intraneus*, por su parte, seguiría siendo *autor mediato* del delito especial, o simplemente *autor* del delito de infracción de deber respectivo.¹⁴¹

En una hipótesis similar a la anterior, si el *intraneus* no tiene el dominio sobre el hecho ejecutado, las soluciones se diversifican. Para

¹⁴⁰ Estamos partiendo de la base de que el *extraneus* no tiene el dominio del hecho, por lo que no puede ser autor, pero es evidente que coopera a la ejecución del hecho. Hecho que es imputable a quien sí domina la situación.

¹⁴¹ Así, REBOLLO VARGAS: “Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales”, ob. cit., pp. 157-158, quien, sin embargo, considera que si estamos ante un delito especial impropio, “el *extraneus* no realizaría el tipo especial, pero sí el tipo común, y en virtud de ello serían responsables del mismo tanto el autor inmediato como el autor mediato, ya fuera este último a título de inductor o de autor mediato, siempre que se admitiera la posibilidad de la autoría mediata a través del instrumento doloso”.

quienes defienden la teoría de los delitos de infracción de deber, el sujeto cualificado deberá sancionarse de todos modos como *autor*, en la medida en que haya infringido el deber que sirve de fundamento al tipo especial. Para la posición tradicional, en tanto, deberá ser considerado *inductor*, pero las posiciones se dividen entre quienes lo estiman inductor del delito especial, y quienes consideran que lo es del delito común (por el principio de accesoriedad, pues ése es el delito que el *extraneus* ha cometido realmente).¹⁴²

Ahora bien, en este último caso estamos partiendo de la base de que existe un delito común paralelo, que es el que puede cometer el *extraneus*. Si no existiera esa figura, es decir, si estamos ante un *delito especial propio*, las conductas resultarían impunes. Lo mismo sucede si se rechaza la construcción de la autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado, expuesta en el párrafo anterior. En efecto, en estos supuestos se va a producir una laguna de punición: el sujeto cualificado no podría ser sancionado, porque no ha realizado la conducta —la punibilidad de su intervención requiere que, si es partícipe, exista un hecho típico y antijurídico al que *accede*, y si tiene el dominio del hecho, que se acepte la autoría mediata con instrumento doloso—, mientras que el no cualificado que la realiza materialmente, tampoco, porque su comportamiento es atípico —falta la calidad especial exigida por el tipo.

Cabe advertir, en todo caso, que algunos de los supuestos referidos a *delitos especiales propios*, que se plantean como los más problemáticos, en realidad constituyen supuestos de inidoneidad del *extraneus* para ser autor material. En ellos la persona no cualificada *no puede realizar la conducta* típica: quien no es juez no puede dictar una resolución judicial, quien no es testigo no puede prestar falso testimonio, y el único capaz de efectuar un nombramiento ilegal es el funcionario con competencia para hacerlo.¹⁴³ En otras palabras, es imposible concebir que en la realidad sea el *extraneus* quien realice la conducta. El sujeto no cualificado puede haber sido quien redactó la sentencia, preparó la declaración testimonial o eligió al candidato finalmente nombrado, pero esos comportamientos no son suficientes para afirmar que él ejecutó materialmente la conducta

¹⁴² Vid. *supra*, Cap. III, 7.1.

¹⁴³ RAMOS TAPIA: *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 441, sostiene que ni siquiera es posible hablar de autoría mediata cuando el instrumento utilizado por el autor es un sujeto *cualificado* —un juez, un testigo, un funcionario competente—, porque el instrumentalizado no estaría infringiendo su deber.



típica, pues siempre es necesaria la intervención directa del *intraneus* para que ella se verifique realmente. Entonces, el *intraneus* deberá responder como autor, en la medida en que el injusto se configura con su intervención.¹⁴⁴

7.4.2. Utilización de un instrumento cualificado por parte de un no cualificado

Aquí estamos ante la situación inversa a la anterior, en la cual el *extraneus* se vale de un sujeto cualificado como instrumento para cometer el delito. Por ejemplo, cuando un particular obliga mediante fuerza a un juez a dictar una sentencia injusta.

En principio, en los *delitos especiales propios* esta situación parece plantear un problema irresoluble. El *extraneus* no puede ser estimado *autor mediato*, pues le falta la cualidad personal del delito especial,¹⁴⁵ y el *intraneus* instrumentalizado tampoco. De modo paradójico, si el *extraneus* se limitase a inducir al sujeto cualificado para que éste cometa el delito (supuesto menos grave), sí sería sancionable. Sin embargo, casos como el descrito no pueden reconducirse sin más a hipótesis de *inducción* para sancionar por algún título al hechor. Por una parte, porque la inducción exige, por su propia naturaleza, un hecho principal doloso,¹⁴⁶ y por otra, porque si el *intraneus* no realiza una acción típicamente antijurídica, en virtud del principio de accesoriedad limitada, tampoco puede sancionarse al inductor.

La sanción del *extraneus* parece, en consecuencia, impedida por el principio de legalidad, pues la propia ley es la que ha decidido exigir una calidad especial en el sujeto activo del delito.¹⁴⁷ Por lo

¹⁴⁴ En este sentido, ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., pp. 245-246, pone el acento en el momento constitutivo del injusto, que es aquel en que el *intraneus*, con su conducta, accede de forma propia al tipo. La presencia del *extraneus* no es irrelevante; pese a que su conducta es atípica en el sentido del delito especial, ella es fácticamente necesaria para transportar la infracción de la norma del *intraneus*.

¹⁴⁵ Por todos, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ: *Lecciones de Derecho Penal chileno*. PG, ob. cit., p. 403.

¹⁴⁶ Según el parecer de la doctrina mayoritaria, vid., por todos, RAMOS TAPIA: *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 450.

¹⁴⁷ Pese a esta situación, son muchos los autores que admiten, sin más, la posibilidad de la autoría mediata en los delitos especiales propios, incluso en aquellos considerados *delitos de propia mano*. Vid., por ejemplo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "Coacciones y represalias contra denunciantes, partes procesales, intérpretes,

demás, cuando estamos ante un delito de infracción de deber, es indispensable que concurra dicha infracción para sancionar por el ilícito, deber que no existe para el sujeto no cualificado.

En nuestro país, la solución al problema es posible gracias a la fórmula amplia que utiliza el legislador en el art. 15 N° 2, en que se consideran autores "los que fuerzan a otro a ejecutarlo". En efecto, si bien es verdad que la vinculación al tipo de delito no permite ampliar el concepto *doctrinal* de autoría mediata hasta el extremo de incluir en ella al *extraneus*, porque vulneraría el principio de legalidad, la amplitud de la fórmula legislativa permite abarcar y sancionar como autor a todo aquel que emplee fuerza intimidatoria, haga nacer un error en el otro, etc., para cometer el hecho,¹⁴⁸ en virtud de lo cual el *extraneus* sería punible.

Las mayores restricciones que existen en las normas que definen la autoría en otras legislaciones han obligado a cubrir las lagunas de punibilidad que se pueden generar en relación con los delitos especiales a través de la incriminación expresa de la conducta del particular. Sin embargo, cabe advertir que en estos casos el diverso fundamento que existe para sancionar a los particulares, sobre quienes no recae el mismo deber de garantía del bien jurídico que concierne a los funcionarios públicos, obliga a restringir los tipos que así se configuren, exigiendo una especial gravedad de las conductas típicas.¹⁴⁹

peritos y testigos", en SERRANO BUTRAGUENO ET AL.: *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, Comares, 1995, pp. 144-145; GRINDA GONZÁLEZ, J.: "El falso testimonio", en HERNÁNDEZ GARCÍA ET AL.: *Los delitos contra la administración de justicia*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2002, p. 221, y QUINTERO OLIVARES, G.: "Del falso testimonio", en Quintero Olivares (Dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 2044. En contra, para el delito de prevaricación, GOYENA HUERTA, J.: "La prevaricación", en HERNÁNDEZ GARCÍA ET AL.: *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2002.

¹⁴⁸ Solución propuesta en España, durante la vigencia del Código Penal de 1973, por Luzón Peña, y recogida por su discípulo Díaz y García Conlledo: cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "Inducción o autoría mediata en malversación impropia", en *Revista La Ley*, N° 4, 1986, pp. 530-531.

¹⁴⁹ Vid., en este sentido, la interpretación que proponemos en relación con el delito de obstrucción a la investigación, *infra*, Cap. VI. 3.2.

CAPÍTULO IV

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

I. INTRODUCCIÓN

Al igual que la mayor parte de los textos penales del período de la Codificación, el Código Penal chileno no contempla un apartado destinado a lo que hoy suele denominarse *Delitos contra la Administración de Justicia*. Las figuras delictivas que tienden, de modo más o menos directo, a la tutela de la actividad jurisdiccional, se encuentran dispersas a lo largo del articulado. Así, por ejemplo, las infracciones que tienen como sujeto activo a un agente o a un auxiliar de la Administración de Justicia –como jueces, abogados y procuradores– figuran en el Título V del Libro II, entre los *delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos*; el falso testimonio, la presentación de pruebas falsas y el delito de acusación o denuncia calumniosa aparecen tipificados en el Título IV, entre los delitos que vulneran la *fe pública*; las conductas de obstrucción a la investigación, en el Título VI, que se refiere a los delitos contra *el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares*, etc.

Por su parte, la doctrina nacional se ha mostrado, hasta ahora, renuente a utilizar la rúbrica *Delitos contra la Administración de Justicia* en las construcciones dogmáticas relativas a la parte especial del Derecho Penal, o a incluir –como sucede en la mayor parte de los países de nuestro ámbito de cultura– un apartado que aglutine los delitos que quedan comprendidos bajo aquella denominación.¹ Es común, sin embargo, que incluso quienes se abstienen de proceder

¹ Como excepción, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ: *Lecciones de Derecho Penal chileno*, PE, ob. cit., pp. 501 y ss., desarrollan estas infracciones bajo el epígrafe *Delitos contra la recta Administración de Justicia*.

en la forma descrita señalen que la *Administración de Justicia* es el bien jurídico protegido por la mayoría de los delitos que, teóricamente, podrían quedar incluidos en un apartado con esa denominación. Así sucede, por ejemplo, en relación con las *falsedades declarativas* que contempla el párrafo 7º del Título IV (falso testimonio, presentación de pruebas falsas y acusación o denuncia calumniosa);² o con el delito de *encubrimiento*, regulado en el art. 17 CP como una forma de participación, que según la doctrina mayoritaria debería considerarse un delito independiente que atenta contra el interés en una recta y expedita Administración de Justicia.³ Las figuras de *prevaricación*, por su parte, que aparecen como delitos contra la Administración Pública en un sentido amplio, cuando son conductas cometidas por determinados sujetos activos se entiende que constituyen, precisamente, delitos contra la Administración de Justicia.⁴

La fórmula de nuestro Código Penal coincide con la que se ha mantenido en países como Alemania e Italia, en cuyas legislaciones se omite la destinación de un apartado a los delitos que atentan contra la Administración de Justicia. Sin embargo, la tendencia legislativa imperante, ya desde antaño, es la contraria. Esto es, la de establecer una sección específicamente destinada a los delitos que vulneran la actividad del órgano jurisdiccional.

En España, por ejemplo, los primeros textos de la Codificación no contenían un acápite destinado a los delitos que vulneran la actividad del órgano jurisdiccional, si bien contemplaban algunas figuras delictivas cuya vinculación con el desempeño de la función judicial es innegable; como la imputación falsa de un delito y el

testimonio mendaz, que aparecían en el apartado destinado a las *falsedades*; y el quebrantamiento de condena, que figuraba entre los *delitos contra la libertad y la seguridad*. El Código Penal español de 1928 fue el primero que dotó de autonomía sistemática a este grupo de infracciones, pero constreñido a un segmento muy reducido de las mismas, entre las que se cuentan: los *desórdenes en las prisiones*, el *quebrantamiento de condena* y el *encubrimiento*.⁵ El Código de 1932 incluyó dentro de este apartado el delito de *acusación o denuncia calumniosa* y el de *falso testimonio*, pero desechó la consideración del encubrimiento como delito autónomo. Posteriormente, el Código Penal de 1944 tipificó la *simulación de delito* e introdujo en este grupo la *realización arbitraria del propio derecho*. Por otra parte, mediante reformas parciales que tuvieron lugar entre las décadas de los años cincuenta y ochenta del siglo pasado, el legislador español incluyó en este grupo la *omisión del deber de impedir ciertos delitos* y la *omisión de denunciar ante la autoridad la comisión de determinados hechos delictivos*,⁶ todo ello, en el marco de una regulación positiva que, en opinión de LUZÓN PEÑA, no poseía “demasiado orden ni concierto”.⁷

La progresiva ampliación de este grupo de delitos en el ordenamiento español prosiguió en el Código Penal de 1995, al incluir dentro de aquél la *prevaricación judicial*, la *infidelidad en la custodia de presos*, el *encubrimiento* y la *obstrucción a la actividad jurisdiccional*. Esta ampliación –según palabras de MUÑOZ CONDE– no ha ido tan lejos hasta el punto de considerar también como delitos contra la Administración de Justicia otras conductas que sólo indirectamente afectan el correcto funcionamiento de la actividad del órgano jurisdiccional, a través de la lesión de otros bienes jurídicos más específicos, como la falsedad documental, sobre todo en la modalidad de presentación en juicio de documentos falsos; y tampoco se comprenden en este grupo aquellos delitos que atacan el aspecto ideológico o político de la Administración de Justicia, cual es la independencia del Poder Judicial, como sucede, por ejemplo, en

² En este sentido, ETCHEBERRY: *Derecho Penal*, IV, ob. cit., pp. 134 y 185 y LABATUT: *Derecho Penal*, II, ob. cit., p. 62. En contra GARRIDO MONTT, M.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, IV, pp. 105-107, sostiene que los mencionados delitos, “si bien de manera mediata en cierta forma importan un atentado al poder que tiene el Estado como titular de la facultad jurisdiccional, en el hecho lo prohibido es faltar a la verdad objetiva, aunque con ello no se alcance a materializar una lesión concreta, sin perjuicio de la infracción al deber cívico de naturaleza procesal impuesto por la ley penal de no mentir en los tribunales en determinadas actuaciones”.

³ Así, expresamente, CURY E.: *Derecho Penal. Parte General*, T. II, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 249; CURY E./MATOS ACUÑA, J. P.: “De las personas responsables de los delitos. Artículos 14 a 17”, en Politoff Lifschitz/Ortiz Quiroga (Dir.): *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 248; LABATUT, *Derecho Penal*, ob. cit., pp. 202 y 206.

⁴ Cfr. ETCHEBERRY: *Derecho Penal*, ob. cit., pp. 185 y 213, y ACOSTA SÁNCHEZ, J. D.: “Aspectos generales de la prevaricación”, en *RChD*, vol. 10, 1983, p. 111.

⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 2003.

⁶ Vid. CANTARERO BANDRÉS, R.: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 17-18, y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 875.

⁷ LUZÓN PEÑA, D. M.: “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Estudios Penales. Libro de homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, U. de Salamanca, 1982, p. 778.

algunas modalidades de usurpación de funciones y de detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos.⁸

Un esquema de sistematización semejante se adopta en los Códigos Penales suizo, brasileño y francés. Otras legislaciones, en tanto, contemplan una sección destinada específicamente a los delitos contra el ejercicio de la actividad jurisdiccional, pero ubicada dentro de un conglomerado más amplio de disposiciones que tiende, en general, a la tutela de los intereses estatales. Es lo que sucede, por ejemplo, con los Códigos Penales portugués, peruano y argentino.⁹

Las consideraciones precedentes sobre las diversas posibilidades de ordenación sistemática de las figuras que en adelante analizaremos, así como la escasa atención que este tema ha suscitado en nuestra doctrina, nos impone la necesidad de detenernos con más detalle en el mismo, con el objeto de precisar mejor el contenido del bien jurídico que aquí se pretende proteger, y justificar el orden sistemático adoptado.

2. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DERECHO PENAL

Llegados a este punto, resulta indispensable intentar delimitar, en alguna medida, lo que se entiende por Administración de Justicia en el ámbito del Derecho Penal.

La labor resulta esencial si se considera que éste es, precisamente, un bien jurídico que merece protección penal y que resulta afectado por la familia de delitos que ahora estudiamos.

Igualmente es necesario precisar este concepto en cuanto se lo conciba como una institución de importancia básica para la sociedad, de la que derivan deberes cuya infracción puede servir para imputar responsabilidad penal. En este caso, en que los delitos que ahora nos ocupan aparecen definidos como delitos de infracción del deber, la

⁸ MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. PE*, ob. cit., p. 875. Si bien no son pocos los autores que consideran que estas figuras también debieron incluirse en este grupo, cfr., por ejemplo, LUZÓN PEÑA: "Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia", ob. cit., p. 782, y SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: "Introducción a los delitos contra la 'realización' de la justicia", en Serrano Butragueño et al.: *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, Comares, 1995, p. 51.

⁹ Sobre las diversas opciones sistemáticas que ofrece el derecho comparado, vid. RODRÍGUEZ COLLAO, L.: "Sobre la tutela de la función jurisdiccional", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIV, 2003, pp. 425-429.

Administración de Justicia constituye la institución positiva de la que emanan esos deberes. En otros términos, se sanciona penalmente la infracción de ciertos deberes porque éstos, precisamente, afectan a una institución básica para la sociedad, cual es la Administración de Justicia. En consecuencia, ella constituye tanto la fuente de dichos deberes, como la *ratio legis*—o bien jurídico mediato—que justifica la incriminación de las conductas de infracción del deber. Desde este punto de vista, por ende, el concepto de Administración de Justicia conserva la función sistemática, político-criminal y de determinación de la pena que tradicionalmente se asigna al bien jurídico.

2.1. CONCEPTO

Pese a lo extendido del término y la general referencia que en los distintos sectores del ordenamiento se hace a la *Administración de Justicia*, no existe total claridad ni concierto al determinar qué se entiende por tal. Al menos, y en lo que aquí interesa, qué se entiende por Administración de Justicia en el ámbito del Derecho Penal y como bien jurídico penalmente protegido.

La ambigüedad de la expresión vendría dada ya por lo equívoco de los términos que la conforman. Así, se habla de *administración*, pese a que la tarea del Poder Judicial, "antes que consistir en 'administrar' o 'cuidar' nada, radica en declarar coactivamente el Derecho frente a los casos en que el ordenamiento o los hechos a los que debe aplicarse son controvertidos, o negada la norma que se adecua a éstos".¹⁰ Y se hace referencia a la Administración de Justicia cuando dicha actividad dice relación sólo con una "circumscripción positiva esfera de una de las funciones del Estado",¹¹ esto es, con la aplicación del derecho vigente o la "actuación de las específicas reglas jurídicas que constituyen el ordenamiento con la finalidad de resolver, conforme a las mismas, conflictos sociales".¹²

¹⁰ GUZMÁN DÁLBORA, J. L.: "La Administración de justicia como objeto de protección jurídica (observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)", en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. II, Cuenca, U. de Castilla - La Mancha/U. de Salamanca, 2001, p. 231.

¹¹ Cfr. GUZMÁN DÁLBORA: "La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...", ob. cit., p. 231.

¹² MAGALDI PATERNOSTRO, M. J./GARCÍA ARÁN, M.: "Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal", en *Documentación Jurídica*, 1983, vol. 2, 37/40, p. 410.



Pero todavía sin atender a los conflictos que pudiera generar el análisis semántico de la expresión, ésta puede concebirse tanto en un sentido subjetivo como objetivo. En sentido subjetivo –orgánico–, se refiere a los *órganos* que ejercen la actividad o función de que se trata, que son parte de la Administración del Estado y como tales quedan sometidos a las respectivas normas de procedimiento, reclutamiento, organización, etc. El sentido objetivo –funcional–, en tanto, alude a la *actividad jurisdiccional*, la que se desarrolla en el ejercicio de un fin autónomo frente a los de la Administración como conjunto de tareas del Estado.¹³

Precisando más, GARCÍA ARÁN¹⁴ indica que al hablar de *justicia* entran en escena una serie de conceptos que no siempre se depuran con precisión: a) la Administración de Justicia como conjunto orgánico integrante de la Administración del Estado; b) la Administración de Justicia como función estatal; c) el Poder Judicial como concepto político dentro del esquema de división de poderes, y d) el Poder Judicial como concepto funcional equivalente al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Ahora bien, la referencia a la Administración de Justicia no es sólo una constante en los ordenamientos jurídicos penales, sino que es una expresión que hunde sus raíces en el Derecho Político y que se desarrolla dentro del Derecho Procesal. Para precisar su sentido es necesario, por tanto, determinar si el significado que se le asigna en dichas ramas del ordenamiento se condice con el que es posible –y legítimo– atribuirle en el ámbito penal.¹⁵

A partir de la célebre distinción de MONTESQUIEU, la jurisdicción se presenta como uno de los poderes del Estado, al lado de la legislación y la administración. Constituye una función del Estado distinta de las demás y específica en su contenido. Ahora bien, si la

¹³ Cfr. CANTARERO BANDRÉS: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, ob. cit., pp. 24 y 25, agrega que desde el punto de vista objetivo, la propia Administración puede verse sujeta a la Administración de Justicia tanto como el sujeto individual.

¹⁴ GARCÍA ARÁN, M.: "Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el proyecto de Código Penal de 1992", en *Política criminal y reforma penal. Libro de homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, Madrid, Edersa, 1993, p. 520.

¹⁵ Idéntico proceso epistemológico emplea GUZMÁN DÁLBORA: "La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...", ob. cit., pp. 237 y ss. En particular, con el objeto de confirmar o desmentir el generalizado juicio conforme al cual en el Derecho Penal la Administración de Justicia exhibiría una fisonomía especial, distinta de la que reviste en las restantes ramas del ordenamiento.

separación entre estos poderes fuese absoluta, a cada uno de ellos corresponderían funciones específicas e inconfundibles, identificables en virtud del órgano del que emanen. Pero desde que la antigua teoría de la separación absoluta de los poderes del Estado ha sido sustituida por la tesis de la interdependencia o colaboración, en que las funciones son ejercidas de manera predominante, mas no exclusiva y excluyente, resulta insuficiente un criterio meramente orgánico para distinguir y delimitar lo que se entiende por Administración de Justicia o función jurisdiccional.

Lo que instituye el Derecho Político e interesa en este ámbito es distinguir la *función* jurisdiccional como una de las tres en que se despliega el poder soberano de la entidad estatal, que participa de las notas de supremacía e independencia que convienen a dicho poder.¹⁶

En este sentido, cabe destacar que el capítulo VI de la Constitución Política de 1980, que actualmente lleva por título *Poder Judicial*, en el texto de 1833 era denominado *Administración de Justicia*. La sustitución de una denominación por otra, a partir de la Carta de 1925, "quiere dejar claramente establecido que este capítulo se refiere al estudio de un poder político, soberano, independiente y distinto de los otros órganos del Estado",¹⁷ mientras que la denominación *Administración de Justicia* parecería referida, más bien, al cuerpo de funcionarios públicos de carácter administrativo, cuya función era la de administrar justicia. Con este cambio se afirma, por ende, la idea de que la jurisdicción es una función distinta de la administrativa.

Pero la modificación en la terminología empleada por la propia Constitución Política no permite concluir que la expresión *Administración de Justicia* quede referida exclusivamente al aspecto administrativo-subjetivo, esto es, a la mera referencia a ese cuerpo de funcionarios públicos que pertenece a la Administración del Estado. Porque todavía es posible advertir que dentro del mismo articulado de este capítulo VI se mantiene la ambigüedad polisémica –orgánica y funcional– del término.¹⁸

¹⁶ De este modo, acertadamente, resume la cuestión GUZMÁN DÁLBORA: "La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...", ob. cit., p. 238.

¹⁷ VERDUGO MARINKOVIC, M./PFEFFER URQUIAGA, E./NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *Derecho Constitucional*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 179.

¹⁸ Se conserva en su sentido subjetivo u orgánico, por ejemplo, cuando el texto alude a los "abogados extraños a la administración de justicia" (art. 75). Pero también se lo emplea en su dimensión funcional, cuando se alude a "los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia" (art. 74).

Por otra parte, el esfuerzo por precisar un concepto de jurisdicción, en el ámbito del Derecho Procesal, ha sido constante e inagotable, sin que parezca haber conseguido demasiados adelantos. Antes bien, cada autor propone una definición distinta de jurisdicción, lo que incluso ha conducido a afirmar que se trata de un concepto relativo.¹⁹ No corresponde adentrarse aquí en una discusión de tanta envergadura; baste con señalar que la tendencia actualmente predominante se inclina, más bien, por las teorías de corte objetivo y funcional.

En suma, este brevísimo repaso por los conceptos del Derecho Político y Procesal no pretende sino demostrar que las respuestas dadas en dichos ámbitos no son definitivas ni concluyentes para la configuración de lo que se entienda por Administración de Justicia en cuanto instituto extrapenal al que se refiere el derecho punitivo. Pero junto con ello, permite afirmar que tampoco existe una necesaria contradicción entre estos conceptos y lo que *a priori* pueda concebirse como Administración de Justicia en el ámbito penal.²⁰

Concentrándonos ahora en el punto de vista propio del Derecho Penal, cabe enunciar la ya clásica exposición formulada por QUINTERO OLIVARES, quien propone cuatro conceptos globales de Administración de Justicia como posible objeto de tutela penal: a) protección de la Administración de Justicia en cuanto parte de la Administración Pública; b) protección de la Administración de Justicia entendida como la actividad propia del Poder Judicial; c) protección de la idea abstracta de justicia como bien que se administra, y d) reforzamiento del deber de acatamiento y respeto al Poder Judicial y sus decisiones, así como de la independencia del mismo.²¹

Por lo que respecta a la posibilidad de considerar que lo protegido es una parte del concepto más amplio de *Administración Pública* o *Administración del Estado*, parece descartable de plano, pues “si sólo se la tomara como *Administración* quedarían diluidas las razones de

¹⁹ Por todos, RAMOS MÉNDEZ, F.: *El sistema procesal español*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 115.

²⁰ En el mismo sentido, GUZMÁN DÁLBORA: “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...”, ob. cit., p. 245. En contra, en relación con la legislación italiana, PAGLIARO, A.: *Principi di Diritto Penale. Parte speciale, II, Delitti contro l'Amministrazione della Giustizia*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 3 y 4, considera que la noción penal no corresponde a la expresión técnica del Derecho Constitucional o procesal, sino que es preciso modificar una noción extraña al Derecho Penal para adaptarla a las necesidades teleológicas de este sistema.

²¹ QUINTERO OLIVARES, G.: “Los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, pp. 192-194.

su tratamiento separado”, además de suponer la negación implícita de la separación de poderes.²² Antes al contrario, la doctrina está de acuerdo en que la *Administración de Justicia* tiene un nivel de especificidad respecto de la función pública en general, que justifica plenamente su consideración penal particularizada.²³

Incluso se suele considerar que toda ofensa al Poder Judicial, todo atentado contra su independencia o contra las atribuciones y misiones de la Administración de Justicia, ha de ser ubicado en este específico grupo de delitos—grupo que ejerce una cierta *vis atractiva* a la hora de reunir delitos de dudosa clasificación—²⁴ tanto por razones sistemáticas, como por el hecho de que “la actividad jurisdiccional está informada por principios para cuya actuación y garantía necesita de una tutela rigurosa y de naturaleza distinta a la de cualquier otra actividad pública en el seno de la Administración del Estado”.²⁵

Por otra parte, si a lo que se quiere aludir con esta forma de vinculación conceptual es a que *Administración de Justicia* equivale a *Poder Judicial*, carecería de sentido la existencia de un grupo de delitos como el que ahora nos ocupa, porque para la tutela del órgano jurisdiccional como entidad política parece suficiente la protección que se le brinda en el campo de los delitos contra la seguridad del Estado.²⁶

²² Así QUINTERO OLIVARES: “Los delitos contra la Administración de Justicia”, ob. cit., p. 192, y GARCÍA-SOLÉ, M.: *El delito de acusación y denuncia falsas*, Barcelona, Atelier, 2002, p. 46.

²³ Aunque la posibilidad de que atentados contra los órganos jurisdiccionales, sus competencias y decisiones hayan figurado entre los delitos contra la función pública o de funcionarios en el ejercicio de sus cargos—según algunos—, no hace sino corroborar la posibilidad de entender la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública, lo especialísimo de la función justificaría un tratamiento penal separado. En este sentido MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN: “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, ob. cit., p. 413.

²⁴ SERRANO BUTRAGUENO: “Introducción a los delitos contra la ‘realización’ de la justicia”, ob. cit., p. 48.

²⁵ CANTARERO BANDRÉS: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, ob. cit., pp. 25-26. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES: “Los delitos contra la Administración de Justicia”, ob. cit., p. 192, y LUZÓN PEÑA: “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, ob. cit., p. 783, quien pone el acento en el mayor número de invasiones que existen en la esfera del Poder Judicial.

²⁶ En opinión de BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 29, el hecho de dotar a este órgano del Estado de una protección particular implicaría dar un trato especial a un sector de la función pública, lo que no es aconsejable en un Estado democrático. Contra ello puede argumentarse, sin embargo, que en la medida en que ese órgano requiera efectivamente una especial protección por sobre las necesidades de resguardo



Igualmente problemática es la pretensión de asimilar el concepto de *Administración de Justicia* con la idea de separación de poderes, o con la necesidad de asegurar la independencia del órgano jurisdiccional. Ello, porque el ordenamiento penal persigue conductas individuales que difícilmente son concebibles como ataques al concepto de *Poder del Estado*, en tanto estructura política. Lo que sí resulta imaginable –en opinión de MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN– “son conductas de particulares o de funcionarios –generalmente estos últimos– que atenten contra las garantías que se derivan del principio de separación de poderes, bien en tanto conllevan derechos individuales o bien cuando se concreten en ataques a la actividad de los órganos encargados de la función estatal que es propia de cada uno de los poderes, pero no afectantes al concepto político en sí”.²⁷ Un razonamiento análogo cabría formular frente a cualquier intento por vincular los delitos que nos ocupan con la idea de defender o salvaguardar la *Constitución*, con el agregado de que ésta, por su carácter meramente instrumental, escapa a la noción de *bien jurídico protegido*.²⁸

En cuanto a la posibilidad de considerar que estos delitos atentan contra la idea abstracta de *justicia*, se ha señalado que en un Estado social y democrático de Derecho, la justicia no puede ser asumida como un concepto sobrenatural, sino que equivale a la aplicación del Derecho vigente, es decir, “a la actuación de las específicas reglas jurídicas que constituyen el ordenamiento con la finalidad de resolver, conforme a las mismas, conflictos sociales. Y la aplicación del Derecho se realiza a través de unos concretos órganos que desempeñan esta función. Órganos que lo son del Estado al que sirven –precisamente porque es un Estado de Derecho– sin que quepa predicar de ellos una trascendente y exclusiva relación con el Derecho como cuerpo separado del funcionamiento estatal y social (...). Desde este punto de vista el

de los demás, no se atenta contra los principios de igualdad y democracia, pues es exigencia de estos mismos principios que las realidades diferentes se traten en forma desigual.

²⁷ MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN: “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, ob. cit., p. 411.

²⁸ En un sentido análogo, GUZMÁN DÁLBORA: “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...”, ob. cit., p. 241.

ataque a la Administración de Justicia se convierte en un ataque al derecho *in genere* y ésta es una definición poco menos que irrelevante”.²⁹ En otras palabras, en un Estado democrático el concepto de *justicia* tiene un sentido formal, que no puede ser otro que el resultado de la aplicación de la ley material a través de los requisitos procesales preestablecidos. Además, “(...) la elaboración de un concepto de *justicia material*, identificado con el *ideal de justicia* abstracto, implicaría el análisis de la *justicia* en cada caso concreto, tomando en consideración valores materiales en particular, al margen –en determinados casos– de las propias leyes sustantivas y procedimentales”.³⁰

Sin embargo, para aceptar esta visión general es preciso formular algunas importantes precisiones. De partida, cabe advertir que la justicia no debe concebirse como una idea o un criterio de entidad propia. No se le puede conferir un estatuto intelectual, sino que le corresponde uno volitivo, y no se puede hablar de la justicia en sí misma, sino que lo justo o lo injusto está siempre referido a las acciones humanas. Es decir, la justicia no es un valor, sino, en todo caso, la actuación conforme al valor. Por otra parte, ya desde la concepción aristotélica, se afirma que el núcleo de la justicia es la igualdad,³¹ si bien no se trata de una igualdad concebida en un sentido formal o numérico, sino como algo proporcional, geométrico, analógico: lo

²⁹ MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN: “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, ob. cit., p. 410. En sentido diverso, GARCÍA de ENTERRÍA, E./FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 10ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 32, estiman que los jueces son órganos del Derecho, antes que del Estado, lo cual “se justifica fácilmente sin más que recordar que el Derecho no es un producto de la *voluntad del Estado*, sino una función de la comunidad”.

³⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR: *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, ob. cit., pp. 28-29. Además, de considerarse que la justicia, en un sentido abstracto, reúne las condiciones requeridas para ser considerada como objeto jurídico de protección, en estricto rigor todos los delitos atentarían en contra de dicho valor. En relación con esto último, CANTARERO BANDRES: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, ob. cit., p. 19; GOYENA HUERTA, J.: “La prevaricación”, en HERNÁNDEZ GARCÍA *et al.*: *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 22, y QUINTERO OLIVARES: “Los delitos contra la Administración de Justicia”, ob. cit., p. 194.

³¹ La dimensión o aspecto del derecho en cuya virtud se habla de lo justo –como trascendental– es la igualdad. Ella es lo que puede constituir el aspecto valioso del derecho. Es decir, no sería la justicia el valor; sino que el valor sería la igualdad como trascendental del derecho; cfr. HERVADA XIBERTA, J.: *Lecciones de filosofía del derecho*, Pamplona, Euns, 1989, pp. 140-145.

justo es lo proporcional.³² En esta línea, no existe mayor discusión al aceptar que los valores internos de la justicia están constituidos, fundamentalmente, por la libertad y la igualdad.³³ Pero a ellos se añade, por otra parte, el principio de seguridad jurídica, pues la justicia no puede alcanzarse si se desconoce el contenido esencial de éste.³⁴

Entonces, al hablar de la *idea de justicia* no se ha de pretender buscar la justicia como un principio abstracto e ideal, que pueda ser descubierto por una razón suprahistórica y concretado en unos postulados universales e inmutables. Como se decía, la justicia no es un valor o una idea, sino el actuar conforme al valor. Lo que existe son *actos* justos o injustos, y ellos han de observarse siempre contextualizados, implicados en el devenir de la sociedad, de la cultura y el tiempo. Es en un momento y lugar determinados en los que un acto puede ser justo o no.³⁵ Así, en concreto, si los valores superiores del ordenamiento jurídico, especialmente cuando se trata de un Estado social y democrático, son los de libertad e igualdad, sin negar el valor esencial de la seguridad jurídica, entonces no existe obstáculo para afirmar que la función de aplicar el derecho vigente en esta clase de Estado no constituye sino una manifestación de la *idea de justicia*. Justicia que en el *aquí y ahora* supone el respeto a la normativa vigente en la que se pretende concretar todos esos principios.

³² El quinto libro de la *Ética a Nicómaco* de ARISTOTELES constituye, aún hoy, el punto de partida de las reflexiones acerca del problema de la justicia. Para el estagirita "la justicia es una especie de término medio, pero no de la misma manera que las demás virtudes, sino porque es propia del medio, mientras que la injusticia lo es de los extremos" (*Ética a Nicómaco*, V, 2, 1134 a). Sobre esto, KAUFMANN, ART.: *Filosofía del Derecho* (trad. Villar Borda/Montoya), Bogotá, 1999, pp. 295-297.

³³ Buena parte de las discusiones sobre justicia en la filosofía política contemporánea se refieren al alcance y al respectivo peso de estos dos valores, cfr. NINO, C. S.: "Justicia", en GARZÓN VALDÉS/LAPORTA (ed.): *El Derecho y la Justicia*, Madrid, 1996, p. 478.

³⁴ Por estas razones, se ha llegado a concluir —vid. DE LEON VILLALBA, F. J.: *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Barcelona, Atelier, 1998, p. 402— que procede declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas que han tratado de dar primacía a la justicia como valor superior del ordenamiento a costa de uno de sus principios fundamentales, la seguridad jurídica. Por lo mismo, también puede afirmarse que el derecho no puede renunciar al principio de legalidad, pues su abandono, en la práctica, implica siempre mayor arbitrio, no mayor justicia. En este sentido, MANTOVANI: *Diritto penale*, 3ª ed., Padova, 1992, p. 49.

³⁵ Esto no significa asumir un pluralismo que ha de desembocar, irremisiblemente, en el relativismo, al modo de las teorías comunitaristas neoaristotélicas. Porque afirmar los contenidos históricos de la justicia no implica negar la existencia de patrones universales.

Ahora bien, es patente que en un modelo democrático de Estado de Derecho no resulta garantizado que las normas que componen su ordenamiento estén efectivamente orientadas a los valores de la libertad, igualdad y seguridad jurídica. Si bien es cierto que la exigencia de legitimación democrática del Derecho constituye un requisito instrumental en función de la mayor garantía que ofrece a los destinatarios de las normas, no debe confundirse la legitimación de origen con la de ejercicio. Desde el punto de vista filosófico-jurídico, la democracia, en cuanto técnica de gobierno, constituye la instancia adecuada para legitimar la autoridad que dicta la norma, pero, por sí misma, resulta insuficiente para legitimar su contenido. Lo contrario sería caer en el error del positivismo jurídico de reducir la justicia del Derecho a su validez formal.³⁶ La legitimación democrática, como forma de adoptar las decisiones normativas, no garantiza la licitud ni la justicia intrínseca del Derecho. Por lo mismo, será conveniente adoptar una concepción *ética* de la democracia, en cuanto idea que entraña respeto y desarrollo de las exigencias de dignidad, igualdad y libertad de la persona humana y de sus demás derechos fundamentales. De este modo su significación representará, a la vez que un principio constitutivo, un límite al mecanismo democrático de formación de la voluntad del Estado o de la mayoría.³⁷

De ahí que QUINTERO OLIVARES, por ejemplo, no deseche totalmente la *idea de justicia* y termine por concluir que el fundamento común de los delitos contra la Administración de Justicia no es más que "una vaga relación con el fin último de justicia, entendida a veces como *función*, a veces como *realización de un ideal*—que se alcance o no es otra cosa—, y a veces como *deber de sumisión o de colaboración con*

³⁶ Cfr. KAUFMANN, ART.: "Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho" (trad. Martínez Bretones/Robles Morchón), en KAUFMANN/HASSEMER: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992, pp. 138-139, y NAUCKE, W.: "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado" (trad. Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 545-549.

³⁷ Vid. MONTORO BALI ESTEROS, A.: *Razones y límites de la legitimación democrática del derecho*, Murcia, 1979, p. 91. Modernamente se suele atribuir dos caras a la idea de democracia: una *generalista* del consenso, relativa a la condivisión y participación popular en las decisiones de la política; y una *individualista* de los derechos inviolables del hombre, así DWORKIN: "La démocratie et les droits de l'homme", en DARTON/DUHAMEL: *Démocratie*, 1998, p. 119, cit. por PALAZZO, F.: "Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia", en *Revista Penal*, N° 4, 1999, p. 71.

ella".³⁸ En el mismo sentido, PAGLIARO³⁹ reconoce su importancia para la configuración del objeto de protección penal, afirmando que la *justicia* es uno de los ideales radicados más profundamente en el ánimo humano, por lo que cuando el Estado asume su monopolio, se advierte la necesidad de tutelar la estructura, los instrumentos, las modalidades a través de los cuales la justicia estatal se realiza.

Con todo, estas precisiones no obstan a la consideración de que la *idea de justicia* todavía representa un concepto excesivamente vago para configurar el bien jurídico inmediatamente protegido por ciertos delitos.⁴⁰ Por ello es necesario concretarlo a través de una fórmula más precisa.

En el ámbito del Derecho español e iberoamericano, la gran mayoría de los autores considera que el objeto de tutela penal es la Administración de Justicia, entendida como la actividad o función que ejerce el Poder Judicial, por mandato constitucional.⁴¹ No se trata, entonces, de la vertiente institucional de la jurisdicción, en tanto persona jurídica, sino en cuanto función o servicio propios del Estado;⁴² más concretamente, de "los intereses que conciernen al normal funcionamiento del órgano jurisdiccional, el respeto de

la autoridad de sus decisiones y la sujeción de los ciudadanos a la jurisdicción, todos los cuales se garantizan contra determinados hechos susceptibles de obstaculizar la autoridad judicial o que tratan de eludir los pronunciamientos judiciales o de desconocer el funcionamiento de la jurisdicción".⁴³ Similar criterio predomina en la doctrina italiana.⁴⁴

A este respecto, cabe precisar que, pese a que el *proceso* es el cauce a través del cual se realiza, en gran medida, la *actividad jurisdiccional*, no debe confundirse ésta con aquél. Es cierto que algunos autores asocian el concepto de *Administración de Justicia* con el *proceso*, incluso como bien jurídico protegido,⁴⁵ mas dado que el *proceso* no es sino el aparato formal por el que discurre la función jurisdiccional, no cabe atribuirle un grado de independencia y de substantividad como el que supone la noción de objeto jurídico de tutela.⁴⁶

Un planteamiento disidente de la tesis mayoritaria ha sido formulado por SERRANO BUTRAGUENO, en España, quien postula como objeto de protección la *viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva* del art. 24.1 de la Constitución española. Argumenta que si bien este derecho fundamental no garantiza el acierto de las resoluciones judiciales, sino el derecho a obtener una resolución congruente y fundada en Derecho, sí es misión del Derecho Penal proteger, en todo caso, su viabilidad. Esta última presupone, según dicho autor: a) la exclusividad y autoridad de la jurisdicción y la independencia, incompatibilidades e inamovilidad de sus miembros; b) el libre y lícito acceso a la jurisdicción; c) el derecho al juez ordinario predestinado por la ley; d) el deber de colaboración con la justicia; e) el derecho a un proceso justo, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas; f) el derecho a la prueba lícita; g) el derecho a obtener una resolución imparcial, fundada en Derecho, que ponga fin al proceso; h) el deber de acatar y cumplir las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. De ahí, entonces, su conclusión en el sentido de que el nombre más apropiado para este sector del or-

³⁸ QUINTERO OLIVARES: "Los delitos contra la Administración de Justicia", ob. cit., p. 194. En sentido similar, FERNÁNDEZ-ESPINAR, G.: "La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva", en *La Ley* 1993, N° 3, p. 852, afirma que en la prevaricación se castiga la lesión o desvío de la potestad jurisdiccional "desde el mismo momento en que la búsqueda de la justicia material, por parte de las autoridades jurisdiccionales, dentro de prístinos y estrictos límites de legalidad, debe configurarse en el único principio rector de su actuar".

³⁹ PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. Parte speciale*, II, ob. cit., p. 5.

⁴⁰ En este sentido, GARCÍA ARÁN: "Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia...", ob. cit., p. 520, y QUINTERO OLIVARES: "Los delitos contra la Administración de Justicia", ob. cit., p. 194.

⁴¹ En palabras de MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN: "Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal", ob. cit., p. 412, es "la función estatal de administrar justicia que se desempeña, de modo exclusivo por los integrantes del llamado Poder Judicial a través de los cauces de un proceso". En el mismo sentido, BACIGALUPO, E.: "Sobre la reforma de los delitos funcionarios", ob. cit., p. 1099; BENÍTEZ ORTÚZAR: *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, ob. cit., p. 29; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1991, p. 355; DÍAZ PITA, M. M.: *El delito de acusación y denuncia falsas*, Barcelona, 1996, p. 33; FERNÁNDEZ-ESPINAR: "La prevaricación judicial: de la teorización...", ob. cit., p. 853; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *La prevaricación de funcionario público*, ob. cit., pp. 141-143, y ORTIZ BERENGUER, E.: "Delitos contra la Administración de Justicia", en VIVES ANTÓN, T. S. et al.: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 724.

⁴² GOYENA HUERTA: "La prevaricación", ob. cit., p. 20.

⁴³ CANTARERO BANDRÉS: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, ob. cit., p. 26.

⁴⁴ Cfr., por todos, PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. Parte speciale*, II, ob. cit., pp. 3-5.

⁴⁵ Cfr. GARCÍA MIGUEL, M.: "Delitos contra la Administración de Justicia", en *Documentación Jurídica*, 37-40, Madrid, 1983, p. 1112.

⁴⁶ GUZMÁN DÁLBORA: "La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...", ob. cit., pp. 235-236. En un sentido similar, BENÍTEZ ORTÚZAR: *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, ob. cit., p. 30.



denamiento penal sería el de *Delitos contra la realización de la justicia*.⁴⁷ Un planteamiento similar ha formulado MATZKIN, en Argentina, al señalar que el derecho a la tutela efectiva es parte de lo que él denomina el derecho a la jurisdicción.⁴⁸ Estos planteamientos, que no han conñitado un nivel de aceptación especialmente significativo, en lo esencial no difieren de aquellas posiciones que giran en torno al concepto de función jurisdiccional del Estado, materializada en el buen desenvolvimiento del proceso, con todas las garantías constitucionales, porque esto último –desde la perspectiva del particular– no es otra cosa que la protección de la viabilidad de la tutela judicial efectiva.⁴⁹

En suma, partiendo de la base de que *Administración de Justicia* es sinónimo de *jurisdicción*,⁵⁰ puede afirmarse que el bien jurídico protegido por esta clase de delitos es aquella *"función pública cuyo contenido consiste en declarar coactivamente, con exclusividad e independencia, el Derecho aplicable a un supuesto fáctico particular cuya identidad es controvertida, o respecto del cual se discute la norma que debe regirlo o el sentido o alcance de tal norma"*.⁵¹ Acentuando más las notas que caracterizan a la función jurisdiccional, puede definirse como aquella *"actividad de aplicación de la ley en la resolución de conflictos, desempeñada con independencia y única sumisión a la ley, adquiriendo las decisiones el valor de cosa juzgada"*.⁵² Se trata, por ende, de la Administración de Justicia en su función de realización del Derecho, de garantía del imperio del Derecho.

⁴⁷ SERRANO BUTRAGUENO: "Introducción a los delitos contra la 'realización' de la justicia", ob. cit., pp. 31-34.

en RUSCONI, M. A.: *Delitos contra la Administración de Justicia*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1991, pp. 63-65.

⁴⁹ Cfr. BENÍTEZ ORTUZAR: *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, ob. cit., p. 32. En realidad, planteamientos como el expuesto implican una confusión entre lo que ha de entenderse por bien jurídico, por una parte, y el derecho reconocido a un particular frente al Estado, por otra. "El objeto de protección del Derecho Penal son los bienes jurídicos y no el derecho de un sujeto respecto de otro", afirma BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Los bienes jurídicos colectivos", en *Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, Universidad Complutense, 1986, p. 157, al tiempo que advierte contra esta posibilidad de confusión, que impide una adecuada legitimación y limitación de la intervención penal del Estado.

⁵⁰ ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*. Vol. II (a cura di I. Conti), Milán, Giuffrè, 2000, p. 435.

⁵¹ GUZMAN DÁLBORA: "La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...", *ob. cit.*, pp. 238-239.

⁵² GARCÍA ARÁN: *La prevaricación judicial*, ob. cit., p. 51.

Aceptar que la Administración de Justicia ha de concebirse en este sentido funcional no significa prescindir *absolutamente* de su dimensión orgánica.⁵³ Porque la función resulta estrechamente ligada al funcionario público que tiene un especial deber en relación con su correcto ejercicio.⁵⁴ En efecto, la función jurisdiccional está encomendada de forma específica y exclusiva a los tribunales que establece la ley (art. 73 Constitución Política y art. 1º COT), tribunales que, por cierto, no se reducen sólo a los que son miembros del Poder Judicial. Lo relevante es que se trate de ciertos órganos, no cualquiera, a los que se concede el ejercicio de la potestad jurisdiccional en forma exclusiva. Cuando se trata de los tribunales que integran el Poder Judicial (sean ordinarios o especiales), los demás tribunales especiales y los jueces árbitros—regulados de modo específico en el Título IX del COT—, no cabe duda de que ejercen precisamente esta potestad jurisdiccional. Fuera de estos supuestos, cuando se esté ante cualquier otro órgano que *aparentemente* ejerce funciones jurisdiccionales, será necesario determinar de forma específica y fundada si ello es efectivo, en atención a si, en el caso particular, se reúnen todas las notas que distinguen a la función de administrar justicia.⁵⁵ Sólo entonces podría llegar a configurarse, en relación con esos órganos, un delito contra la Administración de Justicia. Sólo entonces se justifica que la infracción del deber que corresponde a esos sujetos adquiera una especial significación, hasta el punto de servir de base para la imputación de responsabilidad penal. Porque, en definitiva, la mayoría de los delitos que ahora nos ocupan se estructuran sobre la base de deberes que existen en virtud de una responsabilidad institucional, y esa *institucionalización* resulta esencial para fijar los límites de cada tipo penal.

⁷³ GARCÍA ARÁN: *La prevaricación judicial*, ob. cit., p. 18, reconoce que se debe partir de una situación en la que el autor es un funcionario del Estado encargado de una actividad concreta y que, aunque la ubicación de estos delitos entre los de funcionarios en el ejercicio de su cargo ha sido criticada, ello proporciona una serie de claves interpretativas del sentido de estos tipos penales.

⁵⁴ Destaca esta conexión BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal*. PF, ob. cit., p. 355.

¹⁵ Los caracteres fundamentales de la jurisdicción son orgánicos (entre los que destacan las notas de unidad, imparcialidad e independencia) y funcionales (facultad de conocer, decidir y ejecutar con fuerza de cosa juzgada). Por lo que sólo es factible hablar de verdadera jurisdicción cuando confluyen claramente estas dos características: la existencia de un órgano jurisdiccional (con su imprescindible unidad, imparcialidad e independencia) con una función procesal total (conociendo, decidiendo y ejecutando lo juzgado), FERNÁNDEZ-ESPINAR: “La prevaricación judicial: de la teorización...”, ob. cit., pp. 854-855.

2.2. RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL

Hemos concluido que la referencia a la Administración de Justicia ha de entenderse en un sentido funcional, como correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La corrección en el ejercicio de dicha potestad se caracteriza, en nuestro sistema y en relación con los jueces, por el sometimiento único a la ley. Dicho sometimiento puede concebirse como característica del correcto ejercicio de una función, en cuyo caso la ilicitud del delito de prevaricación radica en que la conducta atenta contra el bien jurídico Administración de Justicia. Pero, por otra parte, el sometimiento a la ley puede ser considerado, más bien, en cuanto deber del juez, deber que fundamenta el ilícito penal. Desde esta perspectiva la prevaricación judicial puede caracterizarse mejor como delito de responsabilidad institucional o delito de infracción de deber.⁵⁶ Esto significa que el ilícito no se basa en que el juez –o el sujeto especialmente obligado– con su conducta lesione el bien jurídico, sino en que con ella infringe el deber institucional que le corresponde de garantizar la propia existencia del bien. La realización del derecho en la Administración de Justicia es un bien jurídico que corresponde al juez garantizar y en su caso, al dictar una resolución injusta, el juez no lesiona la Administración de Justicia, sino que impide que ésta tenga lugar.⁵⁷

Algo similar puede predicarse de otras figuras incluidas entre los delitos contra la Administración de Justicia, como por ejemplo en el delito de falso testimonio. Este es uno de los supuestos en que excepcionalmente un particular es implicado en la función de administrar justicia y resulta positivamente obligado a colaborar con ella, diciendo la verdad en sus declaraciones.

2.3. JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN PENAL

Hasta donde nos es conocido, nadie ha puesto en duda la necesidad de proteger penalmente la actividad jurisdiccional del Estado, por lo menos, frente a las conductas que más gravemente lesionan o ponen en peligro el normal y correcto desempeño de aquel cometido estatal.

⁵⁶ Cfr. RAMOS TAPIA: *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 147.

⁵⁷ Cfr. JAKOBS: *Derecho Penal*. PG, ob. cit., § 2/17 (p. 53). Sobre el tema, vid *infra*, prevaricación judicial, bien jurídico e infracción de deber.

Sin embargo, el hecho de que la jurisdicción esté consagrada en la Constitución no es fundamento suficiente para legitimar el ejercicio de la potestad penal en este campo concreto de las relaciones sociales,⁵⁸ siendo necesario detenerse, aunque sea brevemente, en las razones que justifican la erección de esta categoría de delitos, desde la perspectiva *personalista* en que ha de ser analizado el tema del bien jurídico tutelado en un Estado respetuoso del valor de la dignidad del individuo.⁵⁹

En relación con esto último, conviene tener presente que la función jurisdiccional resulta fundamental para la resolución de conflictos sociales, en cuanto establece vías procedimentales para un equilibrado desarrollo de las relaciones entre los ciudadanos.⁶⁰ Desde otro punto de vista, la actividad del órgano jurisdiccional tiene un carácter instrumental, en cuanto está al servicio de los bienes jurídicos microsociales y de los demás bienes jurídicos colectivos; constituye una de “aquellas instancias destinadas al aseguramiento del ejercicio de los derechos de los miembros de la colectividad, así como de sus formas de interrelación”.⁶¹ De manera que siendo finalidades preeminentes de la jurisdicción servir de última garantía de los intereses individuales y colectivos, no menos que posibilitar el imperio del Derecho en la comunidad –ha escrito GUZMÁN DÁLBORA–, es inevitable que los delitos que la ofenden hayan de poner en riesgo la propia existencia de la protección jurídica. De manera que, “por esta trabazón teleológica entre la función jurisdiccional y la tutela jurídica que debe suministrar el Estado al ciudadano,

⁵⁸ Cfr. GARCÍA-SOLÉ, M.: *El delito de acusación y denuncia falsas*, Barcelona, Atelier, 2002, p. 44. Vid. *supra*, Cap. III, 2.

⁵⁹ Perspectiva *personalista* como la que propone MANTOVANI, F., “Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo Codice Penale”, en *RIDPP*, 1997, p. 314, que no significa asumir una posición reduccionista al estilo de la Escuela Penal de Frankfurt. En todo caso, cabe advertir que incluso los representantes de dicha escuela, en su intento por reconducir el Derecho Penal al Derecho Penal básico, no excluyen la protección de instituciones. Admiten dicha protección, eso sí, siempre que a través de dichas instituciones se advierta una personalización de la respuesta penal, buscando una mayor precisión de los bienes jurídicos universales, los que deben ser funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales. Así, HASSEMER, W.: *Persona, mundo y responsabilidad* (trad. Muñoz Conde/Díaz Pita), Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 68-69.

⁶⁰ MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARAN: “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, ob. cit., p. 410.

⁶¹ BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal*. PE, ob. cit., p. 355. En la terminología de este autor, la Administración de Justicia se incluye entre los bienes jurídicos *institucionales*.



muy a menudo acaecerá que los delitos contra la primera generen, supletoriamente, un riesgo concreto de lesión e incluso el real menoscabo de bienes de titularidad individual”.⁶²

Existiendo un alto nivel de consenso en relación con los puntos expuestos, las opiniones también coinciden al momento de afirmar la calidad de bien jurídico *colectivo* que reviste la Administración de Justicia, en su vertiente funcional, así como en el hecho de que ella pertenece a la sociedad en su conjunto. Lo anterior, sin embargo, no es óbice para que los autores reconozcan que en este grupo de delitos la protección se hace extensiva a determinados valores individuales; entre ellos, la libertad y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.⁶³ Pero aunque el ilícito resulte lesivo contra intereses particulares, el daño que experimenta la Administración de Justicia es el que prevalece para establecer la objetividad jurídica del hecho.⁶⁴

Con todo, reconocer que la Administración de Justicia constituye un bien jurídico colectivo, *digno* de protección penal, no implica que se puedan considerar resueltos todos los problemas de legitimación de la intervención penal en este ámbito. Porque si se quiere conservar, en alguna medida, el significado crítico del concepto de bien jurídico –su función garantista–, es conveniente diferenciar los límites de la intervención penal en atención al bien jurídico de que se trate. Así, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ entiende que “las mayores restricciones a la intervención punitiva han de producirse respecto a los bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema”,⁶⁵ es decir, respecto de los bienes jurídicos institucionales y de control. Entre los primeros se ubica, precisamente, el bien jurídico que ahora nos ocupa.

En las figuras que se pueden concebir como delitos de responsabilidad institucional o infracción del deber, también resulta necesario justificar la intervención penal, en la medida en que se trate de deberes específicos derivados de una institución de importancia básica para la existencia de la sociedad. Al respecto, se acepta sin

⁶² GUZMÁN DÁLBORA: “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...”, ob. cit., p. 248.

⁶³ GOYENA HUERTA, J.: “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional”, en HERNÁNDEZ GARCÍA et al.: *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 242.

⁶⁴ Cfr. NAVARRO, G. R.: *Prevaricato del juez y el abogado. Denegación y retardo de justicia*, Mendoza, Ed. Jurídicas de Cuyo, 2003, p. 19.

⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ: “Los bienes jurídicos colectivos”, ob. cit., p. 162.

mayor controversia que la Administración de Justicia constituye una de esas instituciones, en cuanto principio básico del Estado de Derecho. Principio que tiene trascendencia práctica en tanto que el propio Estado suscita pretensiones: “Se trata de la legalidad y de la igualdad en el ámbito del monopolio del poder, o mejor, del monopolio de la intervención”.⁶⁶

Desde esta perspectiva también es necesario destacar la labor instrumental que cumple la Administración de Justicia para asegurar las condiciones elementales de la existencia de libertad y de indemnidad de los intereses particulares. Como afirma SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “el derecho negativo a la libertad –institución negativa– sólo adquiere en ciertas ocasiones su verdadera relevancia práctica cuando puede ser defendido en un proceso judicial; esto es, cuando existe a la vez un deber *positivo* de que los testigos declaren en juicio, de que los fiscales defiendan la legalidad, de que los jueces dicten sentencia, etc., o dicho de una manera más general, cuando existe una institución positiva conocida como justicia”.⁶⁷

3. SISTEMÁTICA

3.1. LA CATEGORÍA DE LOS “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”

Como sabemos, en nuestro país no tenemos consagrado un título para acoger las figuras que incidirían contra la Administración de Justicia. Lo que subsiste es la agrupación de los delitos según un criterio subjetivo: se trata de delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.⁶⁸ Entonces surge la interrogante de si es necesario dotar de autonomía a este grupo de infracciones –en particular, frente al conjunto de los delitos que atentan contra la función pública–, a lo que la doctrina suele responder en términos afirmativos. Ello obedece, básicamente, a que la actividad jurisdiccional se desarrolla en el ejercicio de un fin autónomo frente a los de la Administración, como conjunto de tareas del Estado. Aún más,

⁶⁶ JAKOBS: *Derecho Penal*, PG, ob. cit., § 29/58 (p. 994) y 29/77e (p. 1009).

⁶⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 144.

⁶⁸ Aunque según este mismo criterio puede afirmarse que, en el título al que hacemos referencia, “ni son todos los que están ni están todos los que son”.



la propia Administración puede verse sujeta a la Administración de Justicia tanto como el sujeto individual, lo cual también ha de ser considerado como argumento a favor de la tesis autonómica.⁶⁹

Por ello, como acertadamente constata GUZMÁN DÁLBORA, la admisión doctrinal de una categoría de delitos vinculada con el ejercicio de la función jurisdiccional es virtualmente unánime, incluso entre autores –como los penalistas alemanes– que trabajan sobre la base de Códigos que no asignan un ámbito diferenciado ni epígrafes especiales al tema.⁷⁰ La admisión de la categoría se manifiesta a pesar de que todavía no existe –ni parece cercano– total acuerdo en cuanto a las figuras que deberían incluirse en ella.

Asimismo, es ampliamente mayoritario el empleo de la fórmula *Delitos contra la Administración de Justicia* para designar a este grupo de infracciones, tanto a nivel positivo como en el plano doctrinal, pese a los inconvenientes que presenta dicha locución, en especial, por su falta de univocidad.⁷¹

Como ya advertimos, se ha afirmado que no deja de ser una inquietante paradoja en lo que respecta a la separación de los poderes del Estado y la autonomía del Judicial ante el Ejecutivo, “que la actividad de los órganos encargados de las funciones jurisdiccionales lleve el nombre de *administración*, si es verdad que la tarea del Poder Judicial, antes que consistir en ‘administrar’ o ‘cuidar’ nada, radica en declarar coactivamente el Derecho frente a los casos en que el ordenamiento o los hechos a los que debe aplicarse son controvertidos, o negada la norma que se adecua a éstos”.⁷²

Sin embargo, en estricto rigor no existe inconveniente semántico para el empleo de la voz *administración* al designar el bien jurídico protegido por esta clase de delitos. En idioma castellano, el verbo administrar se utiliza como sinónimo de *impartir* y así lo reconoce el *Diccionario de la Lengua Española*, que en la 17ª acepción del término *justicia* señala “administrar justicia. Der.: Aplicar las leyes

en los juicios civiles o criminales y hacer cumplir las sentencias”.⁷³ Por lo demás, el término *administración* deriva de las palabras latinas *ad-ministrare*, que se pueden traducir por “para servir”, y tanto la Administración Pública como la Administración de Justicia son actividades al servicio de los ciudadanos.⁷⁴

Pese a ello, en atención a la multiplicidad de sentidos en que puede ser entendido el vocablo *administración*, y existiendo consenso en orden a que el denominador común de estas infracciones es el hecho de incidir en la dimensión funcional de aquel cometido estatal, parece más aconsejable hablar, simplemente, de *función jurisdiccional*.

También se critica que el término *Administración de Justicia* alude indistintamente tanto al órgano que ejerce la función, como a la actividad que esta última involucra,⁷⁵ motivo por el cual hay quienes proponen su sustitución, precisamente, por la fórmula *actividad jurisdiccional*.⁷⁶ Con todo, la dimensión institucional que sustenta la configuración de este grupo de delitos, a la que hemos hecho referencia, parece aconsejar lo contrario. Es decir, que si se considera que el término dice relación tanto con la actividad como con el órgano que la ejerce, conviene mantener su empleo, para que el aspecto orgánico conserve cierta consideración.

En todo caso, esa dimensión orgánica no implica afirmar que sólo quienes pertenecen orgánicamente al *Poder Judicial* pueden ser los sujetos activos de estos delitos. Para empezar, es evidente que tanto la Constitución Política como la legislación atribuyen la función jurisdiccional a ciertos órganos que no forman parte del Poder Judicial, pues las normas pertinentes se refieren a los *tribunales* establecidos por la ley, lo que incluye a los tribunales especiales y arbitrales. Pero también, como se verá en el análisis de los tipos concretos, es posible encontrar algunos que aluden a personas ajenas a la Administración de Justicia: sea porque se

⁶⁹ CANTARERO BANDRÉS: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, ob. cit., p. 25. En el mismo sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR: *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, ob. cit., p. 29.

⁷⁰ GUZMÁN DÁLBORA: “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...”, ob. cit., p. 230.

⁷¹ Cfr., por todos, GARCÍA-SOLÉ: *El delito de acusación y denuncia falsas*, ob. cit., p. 42.

⁷² GUZMÁN DÁLBORA: “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...”, ob. cit., p. 231.

⁷³ En la misma dirección apunta el artículo 117.1 de la Constitución española, al disponer que “La justicia emana del pueblo y se *administra* en nombre del Rey, por Jueces y Magistrados, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley” (el destacado es nuestro). Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO: “Sobre la tutela penal de la función jurisdiccional”, ob. cit., p. 435.

⁷⁴ Cfr. MARTÍN CANIVELL, J.: “Prevaricación”, en *La Ley* 1991-I, p. 1698.

⁷⁵ Multivocidad que se mantiene en el ámbito del derecho extrapenal.

⁷⁶ GUZMÁN DÁLBORA: “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...”, ob. cit., p. 235, interpreta de este modo el razonamiento de CANTARERO BANDRÉS: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, ob. cit., p. 26.

refieren a particulares sobre los que también recaen ciertos especiales deberes, sea porque se configuran como delitos de dominio y no de infracción de deber. Sin embargo, estos últimos supuestos son los menos, en tanto que el núcleo de este grupo de delitos está conformado por los ilícitos cometidos por funcionarios de la Administración de Justicia.

3.2. SENTIDO Y ALCANCE

En relación con el ámbito dentro del cual se proyecta la idea de función jurisdiccional, resulta evidente que todas las conductas destinadas a modificar el curso regular del proceso han de ser incluidas entre los delitos contra la Administración de Justicia. Es lo que sucede con la figura central de este título, la *prevaricación*, y con otras, respecto de las cuales no se discute mayormente su inclusión en este grupo, como la *acusación o denuncia falsas* o la *simulación de delito*, en cuanto implican la desviación de la función y los fines del proceso como objeto de protección penal; así como el *falso testimonio*, la *obstrucción de justicia* y el *encubrimiento*.

Pero parece existir consenso en que esta función no sólo puede ser atacada mediante acciones destinadas a modificar el curso regular de un proceso, sino también a través de conductas que impliquen suplantar el ejercicio de aquella función, porque “el acto de quien toma en sus manos la jurisdicción, la niega como potestad, menosprecia su finalidad última, que es hacer cierto el Derecho en los casos controvertidos y asegurar, así, su efectividad, y hace tabla rasa del monopolio de la aplicación de la fuerza, que es el medio que el Estado se reserva para lograr su fin”.⁷⁷ Las infracciones en que se concreta una actividad como la descrita –por ejemplo, la realización arbitraria del propio derecho–⁷⁸ atentan, entonces, contra la función jurisdiccional, pues la conducta del que prescinde de ella también afecta al cumplimiento de sus objetivos, al quedar en manos de particulares lo que tenía que

⁷⁷ GUZMÁN DÁLBORA: “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...”, ob. cit., p. 240.

⁷⁸ Algo similar ocurre con las figuras relacionadas con el duelo, aunque en ese caso aparece como preponderante el peligro que ellas importan para el bien jurídico vida.

hacerse por los conductos que el Estado de Derecho ha previsto para resolver los conflictos creados.⁷⁹

Ahora bien, hemos insistido en que la mayoría de los delitos contra la Administración de Justicia tienen como fundamento la infracción de un deber especial. Ello no impide que alguno de estos ilícitos penales pueda configurarse como delito de dominio, esto es, como una figura en la que la responsabilidad penal surja por un ejercicio defectuoso de la libertad de organización, que infringe el deber general de no lesionar (*neminem laede*). Pero para que se conforme de este modo resulta necesario que el autor⁸⁰ quebrante un espacio que “por imperativo del Derecho debería haber dejado intacto”,⁸¹ lesionando la Administración de Justicia en una medida de entidad suficiente como para que resulte justificado amenazar esa conducta con la imposición de una pena.

Visto lo anterior, no parece que el delito de realización arbitraria del propio derecho responda a la presencia de auténticos deberes de colaboración con la Administración de Justicia, penalmente exigibles a los ciudadanos.⁸² “En las relaciones jurídico-privadas, regidas por la autonomía de la voluntad, no es obligatorio acudir a la vía judicial, por lo que la no sumisión a la misma no puede considerarse *per se* como delito contra la Administración de Justicia”.⁸³ Por otra parte, tampoco parece que el atentado que entrañarían contra la función

⁷⁹ En este sentido, por ejemplo, MUÑOZ CUESTA, J.: “Realización arbitraria del propio derecho”, en HERNÁNDEZ GARCÍA *et al.*: *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 146, y RODRÍGUEZ COLLAO: “Sobre la tutela penal de la función jurisdiccional”, ob. cit., p. 435. De una opinión distinta, GARCÍA ARÁN: “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia...”, ob. cit., p. 513, y MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN: “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, ob. cit., pp. 414-415.

⁸⁰ Vid. *supra*, Cap. III, 5.1.

⁸¹ Cfr. ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, ob. cit., p. 63.

⁸² Si estos deberes sólo aparecen ante la inminencia o la real existencia de un proceso (como sucede en España, de conformidad con lo dispuesto en el art. 118 de la Constitución de ese país), entonces se hace cuestionable que delitos como el de ejercicio arbitrario del propio derecho se legitimen sobre la base de la no asunción por los ciudadanos del sentido de colaboración con la función estatal de administrar justicia o el menosprecio hacia los cauces jurídicamente establecidos, sin que ello comporte una efectiva lesión de intereses del Estado. Así, GARCÍA ARÁN: “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia...”, pp. 522 y 523, y MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN: “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, ob. cit., p. 415.

⁸³ GARCÍA ARÁN: “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia...”, ob. cit., p. 523.



jurisdiccional revista la gravedad suficiente como para ser estimado merecedor –por esa sola circunstancia– de sanción penal.

En otras palabras, aun aceptado que las conductas sancionadas en esta clase de delitos afectan la función jurisdiccional, esa sola circunstancia no resultaría suficiente para legitimar la intervención penal. La legitimidad de estas figuras ha de encontrarse en relación con la alteración que ellas producen en otros espacios, por lo que no parece conveniente calificarlas como delitos contra la Administración de Justicia.

Una cuestión medianamente similar se plantea en relación con otras figuras que también están enmarcadas en esta fase *preprocesal*, frustrando la actuación de la justicia o no colaborando con ella. Así, por ejemplo, en los delitos de *omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución*, tipificados en otras legislaciones entre los delitos contra la Administración de Justicia, si bien no están contemplados en nuestra legislación. Y en los delitos de *favorecimiento o encubrimiento*, cuando son cometidos por una persona que no tiene un deber de actuar. Pero hay que destacar que la dificultad para incluirlos en este grupo no se plantea por el mero hecho de tratarse de situaciones que están fuera de la fase procesal, sino por las razones anteriormente apuntadas.

Por otra parte, todavía atendiendo al momento en que se produce el ilícito, es preciso reconocer que el ejercicio de la función jurisdiccional no finaliza con la declaración del Derecho aplicable. Esta es una declaración *coactiva*, por lo que el cumplimiento de los fallos resulta inseparable de la función jurisdiccional. De nada serviría un desarrollo correcto del procedimiento si las medidas a tomar en el mismo o el cumplimiento de las sentencias o resoluciones definitivas no estuviese protegido por la sanción penal como medio para satisfacer la función judicial.⁸⁴ Los delitos de quebrantamiento de condena o evasión de presos, por ende, constituyen atentados contra la Administración de Justicia.

En definitiva, el ejercicio de la actividad jurisdiccional como bien jurídico protegido es previo al puro acto de juzgar, esto es, nace desde el momento de su potencial y debida concreción y se extingue tras haberse agotado la ejecución de lo juzgado.⁸⁵

⁸⁴ MUÑOZ CUESTA, J.: "Quebrantamiento de condena", en HERNÁNDEZ GARCÍA *et al.*: *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 298.

⁸⁵ GARCÍA-SOLÉ: *El delito de acusación y denuncia falsas*, ob. cit., p. 56.

En relación con los delitos de *arrogación de funciones judiciales por funcionario administrativo* y *denegación de auxilio a la justicia por funcionario*, algunos consideran que resulta tan defendible su inclusión en este apartado, como entre los delitos contra la Administración Pública. Pero parece ser mayoritaria la tesis que prefiere incluirlos entre los delitos contra la Administración de Justicia por su especificidad.⁸⁶

Desde el punto de vista de los sujetos involucrados en el delito, no parece que exista duda en que quedan excluidos de este grupo, por las razones que ya hemos esbozado, los ataques contra las personas que administran justicia, por mucho que ellos aparezcan motivados por razones vinculadas con el ejercicio de la función.⁸⁷

Han de resultar excluidos, también, aquellos actos que, a pesar de ser ejecutados por un funcionario dependiente del órgano jurisdiccional, tienen un innegable carácter administrativo, por no estar encaminados a declarar el Derecho –que es lo propio de la actividad jurisdiccional–, sino a proveer el orden institucional. Es lo que sucede, por ejemplo, con la conducta de *nombramiento ilegal* de un subalterno efectuada por un juez.⁸⁸

Siempre en relación con el sujeto activo, pese a que el ejercicio de la actividad jurisdiccional corresponde de modo privativo a los órganos que se encontraren legal y constitucionalmente habilitados para administrar justicia, nadie discute que el bien jurídico tutelado en este grupo de delitos no sólo puede verse afectado por la actuación de tales órganos, sino también por el comportamiento ilícito de algunos individuos que ostentan la calidad de auxiliares de la función judicial (como abogados y procuradores) e incluso por particulares, como el caso de la persona que miente al prestar declaración como testigo. Sus conductas tienen relevancia penal

⁸⁶ V. gr., CANTARERO BANDRÉS: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, ob. cit., pp. 25-26; LUZÓN PENA: "Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia", ob. cit., pp. 782 y ss.; QUINTERO OLIVARES: "Los delitos contra la Administración de Justicia", ob. cit., p. 192; SERRANO BUITRAGO: "Introducción a los delitos contra la 'realización' de la justicia", ob. cit., p. 48. En contra, BUSTOS: *Manual de Derecho Penal. PE*, ob. cit., p. 355, considera que la protección del "órgano" y su independencia es un problema de control, de seguridad interior del Estado, y no de la Administración de Justicia como bien jurídico institucional.

⁸⁷ CARRARA: *Programma*, ob. cit., p. 2475, y CANTARERO BANDRÉS: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, ob. cit., p. 20.

⁸⁸ GUZMÁN DALBORA: "La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica...", ob. cit., p. 242.

como delitos contra la Administración de Justicia, particularmente en cuanto suponen una infracción a las especiales obligaciones de colaboración o cooperación con la autoridad judicial.

La función jurisdiccional no es ejercida únicamente por los tribunales que integran el Poder Judicial. En Chile hay un buen número de órganos dotados de atributos jurisdiccionales que no forman parte de la estructura de dicho Poder estatal; incluso, hay organismos de la Administración que están expresamente autorizados para declarar el Derecho. Si todos ellos participan de la función judicial que desarrolla el Estado, y la ejercen del mismo modo, con iguales garantías,⁸⁹ forzoso sería concluir que es perfectamente lícito elevar a la categoría de delito las conductas que entraban la actuación de estos últimos.

Finalmente, para ser consecuentes con las exigencias que impone el *principio de intervención mínima*, en todos estos supuestos es preciso restringir el objeto de protección a aquellos ataques que lesionen gravemente, o pongan en peligro, igualmente grave, aspectos fundamentales a la eficacia, validez y fines del proceso, dejando los simples entorpecimientos al desarrollo del mismo y las irregularidades procedimentales en el ámbito de las sanciones y recursos procesales.⁹⁰

3.3. SISTEMATIZACIÓN DE LAS FIGURAS

Por lo que respecta, ahora, al orden interno dentro de este grupo de infracciones, en los países en los que la ley positiva acoge esta categoría, parece ser una constante la defectuosa sistematización y una desconcertante movilidad de los tipos.⁹¹

En la doctrina española, LUZÓN PEÑA⁹² desarrolla las ideas que en su momento expuso QUINTANO RIPOLLÉS,⁹³ y propone un

esquema de sistematización que toma como base los aspectos fundamentales de la actividad jurisdiccional, siguiendo la secuencia en que normalmente se desenvuelve un proceso. Dicho esquema incluye: a) los delitos que afectan a la fase preprocesal, frustrando la actuación de la justicia, no colaborando con ella o prescindiendo de la misma –aquí quedarían incluidas conductas como la omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución y la realización arbitraria del propio derecho–; b) los delitos que implican poner en marcha indebidamente la actividad jurisdiccional, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la denuncia falsa; c) los delitos que afectan la actividad probatoria dentro del proceso, o que afectan el normal desarrollo o conclusión de este último –falso testimonio, obstrucción a la justicia, prevaricación–; d) los delitos que afectan a la fase ejecutiva, como el quebrantamiento de condena, la evasión de presos; e) los delitos de usurpación de atribuciones judiciales y los ataques a la independencia del órgano jurisdiccional; y, por último, f) los delitos de denegación de auxilio y desobediencia a la justicia.

Desde la perspectiva de la viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva, SERRANO BUTRAGUEÑO formula la siguiente propuesta: a) Delitos contra la exclusividad y autoridad de la jurisdicción y la independencia, incompatibilidades e inamovilidad de sus miembros; b) Delitos contra el libre y lícito acceso a la jurisdicción; c) Delitos contra el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; d) Delitos contra el deber de colaboración con la justicia; e) Delitos contra el derecho a un proceso justo, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas; f) Delitos contra el derecho a una prueba lícita; g) Delitos contra el derecho a obtener una resolución imparcial, fundada en Derecho, que ponga fin al proceso.⁹⁴

⁸⁹ En particular, sobre el diverso modo en que ejercen la función jurisdiccional algunos órganos, vid. *infra*, Cap. V, I.3.

⁹⁰ MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN: "Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal", ob. cit., p. 416.

⁹¹ Por ello, QUINTANO OLIVARES: "Los delitos contra la Administración de Justicia", ob. cit., p. 191, lo ha caracterizado como un título *permanentemente abierto*.

⁹² Cfr., LUZÓN PEÑA: "Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia", ob. cit., pp. 779-781.

⁹³ QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso de Derecho Penal*, II, Madrid, Edersa, 1963, pp. 570-571. También recoge este esquema de sistematización CANTARERO BANDRÉS: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, ob. cit., pp. 36-37. Lo descartan, MUÑOZ

CONDE: *Derecho Penal*, PE, ob. cit. (8ª ed., 1990), p. 714, que prefiere seguir el orden del Código Penal y analizar separadamente cada delito, porque "como su origen histórico lo demuestra, no tienen una estrecha relación entre sí"; y VIVES ANTÓN, T. S.: "Delitos contra la Administración de Justicia", en Vives Antón (coord.): *Derecho Penal. Parte especial*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 280, para quien carece de interés, porque no considera criterios materiales unitarios.

⁹⁴ SERRANO BUTRAGUEÑO: "Introducción a los delitos contra la 'realización' de la justicia", ob. cit., pp. 48 y ss.



Sin embargo, parece revestir mayor interés una clasificación que atienda a criterios con alguna relevancia para el Derecho Penal. En este sentido, por ejemplo, pueden distinguirse dos grupos claramente diferenciados:

a) Delitos de los funcionarios de la Administración de Justicia contra esa misma Administración, entre los que quedan incluidos la prevaricación judicial, la obstrucción a la justicia cometida por un fiscal del Ministerio Público y la omisión del deber de perseguir delincuentes, y

b) Delitos de los particulares o profesionales contra el correcto funcionamiento de la justicia, que comprende las figuras de encubrimiento, acusación o denuncia calumniosa, simulación de delitos, falso testimonio, presentación de pruebas falsas, obstrucción a la investigación, desacato y deslealtad profesional.⁹⁵

A ellos es posible agregar también el grupo de los delitos cometidos por otros funcionarios o poderes contra la Administración de Justicia, si bien estos ilícitos suelen encontrarse dispersos en diferentes títulos y no suelen ser tratados conjuntamente con los demás.

Todavía, siguiendo la línea de lo que hasta aquí se ha expuesto, es posible clasificar los delitos que conforman este grupo en relación con el deber institucional que, eventualmente, les sirve de fundamento. Desde esta perspectiva podemos distinguir tres grupos:⁹⁶

a) Delitos que obedecen a una *posición institucional*, cuyo fundamento radica en la infracción de un deber institucional. Esta clase de deberes generalmente recae en ciertos funcionarios. Cabría incluir aquí: la prevaricación judicial en sus diversas modalidades, la obstrucción a la justicia cometida por un fiscal del Ministerio Público, la omisión del deber de perseguir delincuentes, la desobediencia o denegación de auxilio (cuando dice relación con la Administración de Justicia), el encubrimiento o la acusación o denuncia calumniosa cometidos por funcionarios, etc.

⁹⁵ En este sentido, FILANGIERI, cit. por QUINTERO OLIVARES: "Los delitos contra la Administración de Justicia", ob. cit., p. 19 f. El mismo QUINTERO OLIVARES asume este criterio de clasificación en "Delitos contra la Administración de Justicia", ob. cit., p. 2003; similar, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ: *Lecciones de Derecho Penal chileno*, PE, ob. cit., pp. 505 y ss.

⁹⁶ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Madrid, Thomson-Cívitas, 2004, pp. 367-372.

Excepcionalmente encontramos también a particulares que desarrollan ciertas prestaciones a la función estatal y que resultan *implícados* en la *institución* de la Administración de Justicia. Nos referimos, en concreto, al deber de veracidad de los testigos. Podrían ubicarse aquí ciertas conductas de abogados y procuradores que infringen sus deberes de colaboración con la tarea de administrar justicia, aunque en nuestro ordenamiento las conductas de estos profesionales que son sancionadas como delito dicen relación, más bien, con su deber de lealtad con la parte a la que representan.

b) Distinto es el caso de otras infracciones en las que, estando presente la institución estatal, no es ésta el fundamento de la prohibición penal. Por ejemplo, en la omisión de denuncia, cuando se sanciona respecto de cualquier ciudadano, en que "lo esencial es el incumplimiento que recae sobre un ciudadano *qua* particular, no revestido de peculiar función. En estos casos, podría hablarse de infracciones de un deber, pero en ellas no es la institución estatal de la Administración de Justicia el fundamento de la infracción".⁹⁷ En nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, no existe una obligación general de denunciar delitos, sino que ésta recae en determinadas personas, especialmente obligadas.

c) Por último, otras infracciones contra la Administración de Justicia no responden a la idea de institución, sino a la de *organización* de la propia esfera de libertad. Pero con ello se afecta la Administración de Justicia. Cabría ubicar aquí delitos como el encubrimiento, la acusación o denuncia calumniosa, el quebrantamiento de condena, la realización arbitraria del propio derecho, etc.

Pese a lo acertado de esta forma de clasificación, en lo que sigue optaremos por el anterior criterio para ordenar los delitos a estudiar. Ello, fundamentalmente, por dos razones. En primer lugar, porque utilizar la rúbrica *Delitos contra la Administración de Justicia* y aglutinar los tipos que quedan comprendidos bajo aquella denominación implica ya un quiebre en relación con la forma en que tradicionalmente sistematizan su objeto los manuales de Derecho Penal, que se haría todavía más profundo si además se ordenan las figuras de conformidad con una categoría todavía polémica en la dogmática penal. En segundo término, porque para separar los delitos de infracción

⁹⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *¿Encubridores o cómplices?*, ob. cit., p. 370.

de deber contra la Administración de Justicia, de aquellos en que existe un deber pero de otra índole y de los delitos de dominio que atentan contra la misma institución, nos obligaría a romper *aún más* con la sistemática de nuestro Código Penal.⁹⁸

⁹⁸ Antes de la reforma introducida por la Ley N° 20.074 esto era lo que ocurría en el art. 269 bis, pues dentro de una *misma disposición* se contemplaban conductas que respondían a uno u otro criterio.