

ASPECTOS SISTEMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES
DE LA PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

LUIS RODRÍGUEZ COLLAO*
MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Enmarcado en el ámbito de la parte especial del Derecho Penal, este trabajo reflexiona en torno al delito de prevaricación administrativa que actualmente contemplan los artículos 228 y 229 del Código Penal chileno, con el objeto de determinar cuál es el interés a cuya tutela tiende la tipificación de esa conducta delictiva y si hay razones de política criminal que hagan aconsejable mantener su incriminación. Sobre la base de estos antecedentes, examina la forma en que el Anteproyecto de Código Penal —recientemente elaborado bajo la coordinación del Ministerio de Justicia— trata este delito, para concluir que si bien dicho texto puede ser valorado positivamente en lo que respecta a su adecuación a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal, no cabe decir lo mismo en relación con la forma en que sistematiza las figuras de prevaricación,

ABSTRACT

From the perspective of the special section of the Criminal Law, this article is a reflection upon malfeasance of office, which is now included in Articles 228 and 229 of the Chilean Penal Code, in order to determine what the interest to which the classification of such a criminal behavior tends is and if it is advisable to maintain its incrimination should there be criminal political reasons for it. Based on this background, the article examines the way in which the Preliminary Draft of the Penal Code —recently designed under the coordination of the Ministry of Justice— deals with this crime and concludes that, although such a text can be positively appraised as far as its adequacy for the subsidiarity and fragmentariness of the Penal Code is concerned, the same is not true for the way it systematizes the malfeasance of office figures or the way in

* Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección Postal: Avenida Brasil 2950. Valparaíso. Chile. Correo electrónico: lrodrigc@ucv.cl

** Profesora de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección Postal: Avenida Brasil 2950. Valparaíso. Chile. Correo electrónico: magdalenaossandon@yahoo.es

ni respecto de la forma en que aparece descrita la conducta, aspecto este último que evidencia un claro atentado en contra del principio de taxatividad.

PALABRAS CLAVE: Prevaricación – Prevaricación administrativa – Función pública – Delitos contra la función pública – Delitos contra la administración pública – Delitos contra la administración de justicia – Delitos funcionarios – Delitos ministeriales.

which the behavior has been described, this last aspect being a clear attempt against the principle of specificity.

KEY WORDS: Malfeasance of office – Administrative malfeasance of office – Public function – Offenses against the public function – Offenses against public administration – Offenses against the administration of justice – Offenses committed by public officials – Ministerial offenses.

I

El Título V del Libro II del Código Penal chileno –cuyo epígrafe es De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos– contempla un párrafo 4° que trata del delito de prevaricación. Bajo esta denominación, dicho texto normativo reúne varias figuras delictivas, dentro de las cuales la doctrina acostumbra a distinguir tres grupos: prevaricación judicial, prevaricación de abogados y procuradores y prevaricación administrativa¹.

Esta última denominación designa, preferentemente, la hipótesis prevista en el artículo 228 de dicho cuerpo legal, que sanciona al que, desempeñando un empleo no perteneciente al orden judicial, dictare a sabiendas providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso administrativo o meramente administrativo, complementada por el inciso segundo de la misma disposición, que hace extensivo el castigo a quien dictare esa misma providencia o resolución por negligencia o ignorancia inexcusables.

Sin embargo, también se conoce como prevaricación administrativa a la hipótesis prevista en el artículo 229 del Código Penal, que sanciona al funcionario de la Administración que, por malicia o negligencia inexcusables, no procediere a la persecución o aprehensión de un delincuente después de haber recibido denuncia o requerimiento formal.

En las páginas que siguen, intentaremos determinar si hay razones político-criminales que hagan aconsejable mantener la incriminación de la prevaricación administrativa y, en caso afirmativo, determinar si procede tratarla conjuntamente con la prevaricación judicial, como ocurre en el Código chileno, o en forma separada, como lo hace, por ejemplo, el Código Penal español de 1995. Todo ello, en vista a una eventual reforma legislativa de este sector del ordenamiento penal y tomando como base el *Anteproyecto de Código Penal*, texto elaborado por una Comisión que funcionó bajo el patrocinio y coordinación del Ministerio de Justicia, en adelante, el “Anteproyecto de 2005”.

¹ Cfr. POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal chileno* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 526-536.

II

Una de las principales innovaciones que contiene el Anteproyecto, en lo que atañe a la regulación de los delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos, es el hecho de haber prescindido de la rúbrica tradicional *"De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos"*, dividiendo en dos partes el contenido normativo del actual Título V del Libro II del Código Penal: una que trata de los Delitos contra la Administración Pública y otra que trata de los Delitos contra la Administración de Justicia.

Al proceder en esa forma, los redactores del Anteproyecto de 2005 hicieron suya la opinión unánime de la doctrina penal en orden a que la agrupación de los delitos no debe ser efectuada en torno al sujeto activo (en este caso, el funcionario público), sino a partir del bien jurídico protegido². Pese a ello, dicho texto no innova en cuanto a la ubicación sistemática del delito de prevaricación administrativa, el que sigue siendo tratado conjuntamente con las hipótesis de prevaricación judicial; y, lo que es más sorprendente todavía, lo sitúa dentro del Título relativo a los Delitos contra la Administración de Justicia. En efecto, los artículos 400, 401 y 402 de dicha propuesta normativa, tratan, respectivamente, de la prevaricación de jueces, fiscales judiciales y miembros de tribunales colegiados; de la prevaricación cometida por fiscales del Ministerio Público y de la prevaricación que tiene como sujeto activo a los funcionarios de la Administración.

Es cierto que desde una perspectiva genérica, el concepto de función pública puede ser entendido en referencia a la totalidad de los cometidos estatales, incluyendo la actividad legislativa, la administrativa y la jurisdiccional, de modo que la locución delitos contra la función pública, puede ser utilizada –como efectivamente ocurre en la doctrina nacional– para agrupar al conjunto de las infracciones que impiden o entran el correcto desempeño de tales cometidos³. Sin embargo, nadie discute que desde un punto de vista funcional los conceptos de "administración de justicia" y "administración pública" tienen connotaciones disímiles, lo que obliga a establecer una clara diferenciación entre esas dos categorías dogmáticas y, consecuentemente, entre los delitos que atentan en contra de una y otra.

III

En un intento por determinar un bien jurídico común a los distintos delitos del actual Título V del Libro II del Código Penal chileno, algunos autores plantean 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

² Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, L., *La función pública como objeto de tutela penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 26 (2005, semestre I), pp. 325-340.

³ Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, L. - OSSANDÓN WIDOW, M., *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 91-100.

relevancia social, como lo es la función pública; mientras que otros sostienen que lo tutelado sería el prestigio de la Administración o la confianza que el público deposita en ella⁴, y no faltan quienes sostienen que la protección penal está dirigida a mantener la autoridad estatal⁵.

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 general⁶. 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 ciudadanía⁷. 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 puede postularse como objeto de protección el “prestigio” de las instituciones; y 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 les 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, lo cual es precisamente lo contrario a las exigencias de 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 para valorar la gravedad de los efectos de la conducta delictiva al momento de efectuar una graduación de la pena⁸.

En el otro extremo, es ampliamente mayoritaria la posición que sostiene que

⁴ BACIGALUPO, E., *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, en *Documentación Jurídica* (1983), p. 386.

⁵ VILLADA, J., *Delitos contra la función pública* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999), p. 34.

⁶ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración* en ASÚA BATARRITA (dir.), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997), p. 20.

⁷ 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* (Valencia, 1997), II, pp. 367-368.

⁸ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal*, cit. (n. 6), pp. 20-22.

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 administrados⁹.

Por otra parte, 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, los cuales 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.¹⁰. 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, básicamente, la prohibición de alterar las condiciones de un subsistema organizativo que 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.

En suma, al hablar de delitos contra la Administración Pública –como lo hace el Anteproyecto de 2005– se pretende aludir a las conductas que entran el correcto desempeño de la Administración, 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 los entes administrativos¹¹.

IV

Concentrándonos, ahora, en la noción de Administración de Justicia, en tanto bien jurídico protegido, cabe recordar que en el ámbito del Derecho espa-

⁹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal* (Barcelona, Bosch, 2000), pp. 19-20.

¹⁰ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal*, cit. (n. 6), p. 22.

¹¹ En este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias*, en ORTOS BERENGUER (dir.), *Delitos de los funcionarios públicos* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994), pp. 201-209; CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias* (Barcelona, Cedecs, 1997), 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., Valencia, Tirant lo Blanch, 1991).

ñol 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 constitucional¹². No se trata, entonces, de la vertiente institucional de la jurisdicción, en tanto persona jurídica, sino en cuanto función o servicio propios del Estado¹³. 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”¹⁴. Similar criterio predomina en la doctrina italiana¹⁵.

A este respecto, cabe precisar que, pese a que el proceso es el cauce a través del cual se realiza, en gran medida, esta actividad jurisdiccional, no debe confundirse ella con aquél. Es cierto que algunos autores asocian el concepto de Administración de Justicia con el proceso, incluso como bien jurídico protegido¹⁶, 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 tutela¹⁷.

Un planteamiento disidente de la tesis mayoritaria, ha sido formulado por Serrano Butragueño, 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

¹² En palabras de MAGALDI PATERNOSTRO - GARCÍA ARÁN, *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*, en *Documentación Jurídica* (1983), 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*, cit. (n. 4), p. 1099; BENÍTEZ ORTÚZAR, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional* (Madrid, Marcial Pons, 1999), p. 29; DÍAZ PITA, M. M., *El delito de acusación y denuncia falsas* (Barcelona, 1996), p. 33, FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., *La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva*, en *La Ley*, 3 (1993), p. 853; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público* (Madrid, Civitas, 1980), pp. 141-143 y ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la Administración de Justicia*, en Vives Antón, T. S. (y otros), *Derecho penal. Parte especial* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996), p. 724.

¹³ GOYENA HUERTA, J., *La prevaricación*, en Hernández García (y otros), *Los delitos contra la Administración de Justicia* (Pamplona, Aranzadi, 2002), p. 20.

¹⁴ CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de justicia y obstruccionismo judicial* (Madrid, Trotta, 1995), p. 26.

¹⁵ Cfr., por todos, PAGLIARO, A., *Principi di Diritto Penale. Parte speciale* (Milán, Giuffrè, 2000), II, pp. 3-5.

¹⁶ Cfr. GARCÍA MIGUEL, M., *Delitos contra la Administración de Justicia*, en *Documentación Jurídica*, 37-40 (Madrid, 1983), p. 1112.

¹⁷ GUZMÁN DALBORA, J. L., *La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica*, en ARROYO ZAPATERO - BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam* (Cuenca, U. Castilla-La Mancha, 2001), pp. 235-236. En sentido análogo, BENÍTEZ ORTÚZAR, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, cit. (n. 12), p. 30.

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 predeterminado 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 ordenamiento penal sería el de Delitos contra la realización de la Justicia¹⁸.

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 jurisdicción¹⁹. Estos planteamientos, que no han concitado 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 efectiva²⁰.

En suma, partiendo de la base de que Administración de Justicia es sinónimo de jurisdicción²¹, 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”²². Acen-

¹⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, *Introducción a los delitos contra la ‘realización’ de la justicia*, en Serrano Butragueño y otros., *Delitos contra la Administración de Justicia* (Granada, Comares, 1995), pp. 31-34.

¹⁹ MATZKIN, M., *Crisis del sistema judicial y el delito de retardo de justicia*, en RUSCONI, M. A. (dir.), *Delitos contra la Administración de Justicia* (Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1991), pp. 63-65.

²⁰ Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, cit. (n. 12), 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.

²¹ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale* (Milán, Giuffrè, 2000), II (a cura di L. Conti), p. 435.

²² GUZMÁN DALBORA, *La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica*, cit. (n. 17), pp. 238-239.

tuando 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”²³. Se trata, por ende, de la Administración de Justicia en su función de realización del Derecho, de garantía del imperio del Derecho.

V

Etimológicamente, “prevaricación” deriva de *prae-varicare*, que significa caminar con paso torcido, ir por mal camino. El Diccionario de la Real Academia Española, por su parte, define prevaricar como “delinquir los empleados públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia”, y por extensión, “cometer uno cualquier otra falta menos grave en el ejercicio de sus deberes”. Así, en un sentido amplio, se entiende que prevaricar es aplicar torcidamente el derecho²⁴, sin importar, en principio, la calidad jurídica que invista el hechor (puede ser juez, fiscal, abogado, procurador e incluso funcionario de la Administración).

Tanto el significado gramatical del término prevaricar, como la agrupación de todas estas figuras en un mismo lugar dentro del Código Penal chileno –bajo la rúbrica Delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos–, parecen indicar que el fundamento de la ilicitud es, en este caso, la infracción del deber del cargo o infracción de deber en un sentido subjetivo²⁵. En otras palabras, se trataría de delitos en que lo injusto está centrado en la lesión de la relación funcional, del vínculo jurídico que existe entre el Estado y sus agentes (incluidos los jueces). Esta idea se mantiene, incluso, cuando se postula que lo protegido es el buen desempeño de los órganos y funciones del Estado, en tanto ese desempeño no se considere desde la perspectiva del interés de los ciudadanos, sino como un valor propio del Estado, de naturaleza ideal o espiritual²⁶. Desde esta perspectiva, la esencia de la antijuridicidad en el delito de prevaricación estaría cifrada en la violación por parte del juez, de un hipoté-

²³ GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, Madrid (Madrid, Tecnos, 1990), p. 51.

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte especial* (Barcelona, Ariel, 1991), p. 366.

²⁵ En extenso sobre esta forma de concebir el fundamento de los delitos de prevaricación en la doctrina alemana, española e italiana, RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000), pp. 88-95.

²⁶ ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), IV, pp. 203-204, señala que hay un bien jurídico común a todas las infracciones del Título V, cual es, la Administración Pública entendida en un sentido amplio, como la actividad general del Estado, tanto en su aspecto administrativo, como en el legislativo y el judicial. Sin embargo, agrega 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, pues “a la ofensa del bien jurídico protegido se añade el quebrantamiento de un deber específico”.

tico deber, asumido frente al Estado, de juzgar conforme a Derecho y de dictar resoluciones justas²⁷.

Sin embargo, ya hemos explicado la crítica que merece una tal concepción subjetiva del deber, básicamente por ser incompatible con la noción de Estado democrático de derecho²⁸. De ahí que se sostenga mayoritariamente hoy en día que el fundamento de lo ilícito en la prevaricación judicial radica en que la conducta del juez lesiona la administración de justicia, entendida en un sentido funcional, en los términos anteriormente explicados. Con mayor propiedad todavía, puede decirse que la esencia de la ilicitud reside en la infracción del deber institucional del juez de garantizar la propia existencia de dicho bien. Porque en realidad –como señala Jakobs–, cuando el juez dicta una resolución injusta, éste no lesiona la administración de justicia, sino que en este caso más bien no tiene lugar una verdadera administración de justicia²⁹. En consecuencia, el fundamento de la prevaricación judicial se encuentra en la infracción de un deber específico, concebido en un sentido objetivo-institucional, en relación con el desempeño de la función de realización del derecho, la que se efectúa en servicio de la ciudadanía³⁰.

La administración de justicia, en este sentido, no se presenta sólo como un servicio público del Estado, ni el juez únicamente como un funcionario de éste. La administración de justicia representa, más bien, una institución configurada constitucionalmente, de la que depende la propia existencia del Estado de derecho. El objetivo de la función jurisdiccional –que constituye el deber específico del juez, es la realización del Derecho, la aplicación de la ley en la resolución de conflictos. Así, el ámbito de aplicación de los tipos penales queda delimitado de mejor modo que cuando se alude sólo a la lesión de un bien jurídico colectivo, abstracto y genérico.

VI

Como ya se señaló, los artículos 228 y 229 del Código Penal contemplan modalidades de lo que en doctrina se conoce como prevaricación administrativa, denominación que obedece al hecho de tratarse de comportamientos incluidos en el párrafo sobre prevaricación, pero ejecutados por funcionarios de la Administración y no por funcionarios judiciales. Pese a ello, no es incorrecto denominar “prevaricación” a estas figuras, porque en estricto rigor ellas importan una infracción al deber de aplicar correctamente las leyes y se dan en el contexto del desempeño de funciones jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, encomendadas a la Administración, lo cual confiere un cierto matiz de unidad al comportamiento prevaricador.

²⁷ Cfr. RAMOS TAPIA, cit. (n. 25), p. 96.

²⁸ Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, L. - OSSANDÓN WIDOW, M., *Delitos contra la función pública*, cit. (n. 3), especialmente cap. III, 3 y 5.1.

²⁹ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte general* (trad. Cuello Contreras - Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997), p. 53.

³⁰ En extenso sobre la prevaricación como delito de responsabilidad institucional por infracción de un deber, vid. RAMOS TAPIA, cit. (n. 25), pp. 136 ss.

Desde una perspectiva sistemática, en cambio, debería establecerse una clara diferenciación entre prevaricación judicial y administrativa, básicamente por el hecho de atentar en contra de bienes jurídicos distintos: el correcto desempeño de la función jurisdiccional y de la Administración Pública, respectivamente, en los términos ya explicados en los acápites que preceden. Además, suele afirmarse que ambas formas de prevaricación difieren también por la diversa posición que los jueces y los funcionarios administrativos ocupan dentro de la estructura del Estado. En relación con este punto, afirma Quintero Olivares que “los Jueces, el Poder Jurisdiccional, ostentan el deber de dictar resoluciones y sentencias, y, además, el monopolio de la jurisdicción, que supone, de una parte, la facultad exclusiva de aplicar las leyes en los procesos que ante ellos se diluciden y, de otra, el poder de declarar de modo vinculante y definitivo cuál es el contenido y voluntad de la ley. A tanto no llega el poder de un funcionario público en la resolución de un asunto administrativo, cosa que sin duda debe hacer con escrupuloso respeto a la legalidad a la que se somete la actividad de la Administración”³¹.

Desde el punto de vista del bien jurídico protegido, por tanto, la prevaricación judicial es la que “por sus genuinas características, constituye, por así decirlo, el más grave y típico delito contra la Administración de Justicia”³². La prevaricación administrativa, en cambio, atenta contra la función pública, entendida como el servicio que la Administración tiene que prestar a la comunidad y se vincula con el interés del Estado en el pleno sometimiento del ejercicio de aquella función a la ley y al Derecho o, mejor aún, la legalidad en el desempeño del servicio público³³. Esta conclusión es plenamente aplicable en nuestra legislación, pues se trata de un bien jurídico que encuentra fundamento constitucional en el art. 6º de la Constitución Política, disposición que consagra el necesario sometimiento de todos los órganos del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

A partir de aquí –afirma García Arán–, mientras que la Administración de Justicia actúa constitucionalmente sometida “únicamente al imperio de la ley” (como lo señala el artículo 117.1 de la Constitución española), la actuación de la

³¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos contra la Administración de Justicia*, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal* (2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2001), p. 2006. En el mismo sentido CUELLO CONTRERAS, J., *Jurisprudencia y prevaricación*, en *La Ley* (1993-1), p. 1052.

³² QUINTANO RIPOLLÉS, J., *Curso de Derecho penal* (Madrid, Edersa, 1963), II, p. 570.

³³ Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código penal de 1995*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11 (1997), p. 358; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual*, en *Delitos de los Funcionarios Públicos. Cuadernos de Derecho Judicial* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994), p. 62; EL MISMO, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), p. 24; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, cit. (n. 9), p. 42 (concreta todavía más el bien jurídico como el deber de objetividad que recae sobre el funcionario público); y 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), p. 1851.

Administración Pública en general se encuentra delimitada más prolijamente: debe servir a los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley, debe garantizar la imparcialidad en el ejercicio de las funciones y actúa sometida a los fines que justifican la actuación administrativa. Todas estas circunstancias no se especifican cuando la Constitución se refiere a la actividad jurisdiccional, cuya única finalidad es la aplicación de la ley, a la que se supone expresiva del interés general e igual para todos sus destinatarios, lo que explica que la independencia y la responsabilidad de los jueces constituya suficiente garantía de imparcialidad y objetividad³⁴.

Con todo, constatar las diferencias que existen entre la prevaricación administrativa y la judicial no impide reconocer que muchas veces la línea divisoria entre estas clases de ilícito es difícil de determinar, pues en ambas actividades es característica fundamental la directa vinculación al Derecho. Sin embargo, la forma de esa vinculación es diferente, pues los jueces tienen como objeto exclusivo de su función la aplicación de la ley, mientras que los funcionarios administrativos, la realización de los diversos fines públicos³⁵.

En razón de las diferencias que guardan entre sí ambas formas de prevaricación, otras legislaciones las incluyen en títulos diversos. Es lo que sucede en España, por ejemplo, en que la prevaricación judicial figura entre los delitos que atentan contra la Administración de Justicia y la prevaricación administrativa, entre los delitos que lesionan el correcto desempeño de la Administración Pública. En Alemania, en cambio, las conductas de torcimiento del Derecho en la dirección o decisión de un asunto jurídico de jueces y funcionarios administrativos son contempladas conjuntamente en el § 339 StGB (*Rechtsbeugung*). Ante ello, la doctrina se ha esforzado por delimitar a qué funcionarios y en qué situaciones es aplicable el precepto, de modo que resulte justificado que la pena (un año de prisión) sea la misma que para el juez. Se excluyen de su ámbito de aplicación, por tanto, los casos en que, pese a infringirse el Derecho, no se afecta la Administración de Justicia.

VII

El artículo 402 del Anteproyecto de 2005, sanciona al que, “desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, realice un acto administrativo, participe en un acuerdo de un órgano administrativo colegiado o dicte providencia o resolución en procedimiento administrativo manifiestamente injustas, incurrirá en las penas de inhabilitación absoluta para el ejercicio de cargos o empleos públicos en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales”.

La norma transcrita no contempla dos hipótesis diversas de prevaricación administrativa, como actualmente lo hacen los artículos 228 y 229 del Código

³⁴ GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código penal de 1995*, cit. (n. 33), pp. 358-359.

³⁵ Cfr., por todos, VIRTO LARRUSCAIN, *El delito de prevaricación de funcionario público*, en ASÚA BATARRITA (dir.), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997), p. 137.

Penal. Sin embargo, entendemos que la amplitud de aquella fórmula descriptiva no sólo permite captar todos los comportamientos ilícitos que hoy quedan comprendidos en los dos artículos citados, sino que además reviste una amplitud que claramente vulnera la exigencia de taxatividad que formula el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, al prescribir que *“ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*. En efecto, como la exigencia de que la actuación del sujeto activo represente una “manifiesta injusticia” aparece redactada en género femenino, resulta que la conducta consistente en “realizar un acto administrativo” no queda afectada a dicha cláusula y, en realidad, no está sometida a ninguna limitación que no sea la necesidad de ajustarse al sentido natural y obvio del término prevaricación, no porque el tipo así lo diga, sino en virtud de lo que señala el epígrafe que precede al artículo 402 del “Anteproyecto de 2005” (*“De la prevaricación”*)³⁶.

Es lamentable, también, que el Anteproyecto siga aludiendo al sujeto activo bajo la fórmula “aquel que desempeña un empleo público no perteneciente al orden judicial”, pues con ello excluye expresamente a los funcionarios judiciales, en circunstancias de que éstos –al igual que el resto de los servidores públicos– están investidos de una serie de facultades de índole administrativa, como, por ejemplo, la substanciación de un proceso disciplinario.

Lo que sí resulta encomiable es que el Anteproyecto de 2005 circunscribiera las exigencias subjetivas al dolo directo y que prescindiera de la tipificación del supuesto culposo consistente en ejecutar el acto o dictar la providencia o resolución por negligencia o ignorancia inexcusables. Varias son las razones que pueden invocarse en apoyo de este planteamiento. En primer término, “prevaricar”, de acuerdo con sus antecedentes etimológicos anteriormente explicados, significa “torcer el derecho” y, desde luego, no puede decirse que incurra en esta forma de comportamiento ilícito quien simplemente se equivoca. En segundo lugar, históricamente, el castigo de la prevaricación culposa durante el periodo de la Codificación penal, se explicaba por la inexistencia de un estatuto que regulara la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, pero carece de sustento hoy en día, en que esta situación ha cambiado radicalmente. Por último, el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal aconseja, tanto por razones de gravedad, como de oportunidad, entregar a otros medios de control social la prevención y represión de las conductas culposas³⁷.

³⁶ Sobre el significado de la conducta consistente en dictar providencia o resolución en procedimiento administrativo que –pese a las ligeras variaciones que introduce el Anteproyecto–, entendemos no sufre variaciones, como así también respecto de la admisibilidad de la omisión, Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, L. - OSSANDÓN WIDOW, M., *Delitos contra la función pública*, cit. (n. 3), pp. 426-430.

³⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de funcionario*, en ASUA BATARRITA (dir.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995* (Bilbao, U. del País Vasco, 1998), pp. 226-227.

VIII

A modo de conclusión, cabe señalar que si bien es cierto que hay razones político-criminales que hacen aconsejable mantener la incriminación de la prevaricación administrativa, no resulta satisfactoria la forma en que el Anteproyecto de 2005 lleva a cabo esta tarea. Desde un punto de vista sistemático, en efecto, es francamente meritorio que dicho texto regule en forma compartimentada los delitos que atentan contra la Administración Pública y aquellos que vulneran la función jurisdiccional. Sin embargo, nada justifica que la prevaricación administrativa, que claramente vulnera el primero de esos intereses, aparezca tratada entre los delitos que afectan al segundo. Este planteamiento no tiene connotaciones estrictamente formales, relativas a una adecuada ordenación de la parte especial del Derecho Penal, sino que se proyecta también a nivel interpretativo, pues el sentido de varios de los elementos que integran el tipo será distinto según se entienda que el fundamento de lo injusto en el delito que nos ocupa es la afectación de la Administración de Justicia, o el concepto mucho más acotado, incluso desde un punto de vista constitucional, de Administración Pública. De ahí, entonces, que aunque no existe inconveniente lexicológico para llamar prevaricación a las hipótesis que prevé el artículo 402 del Anteproyecto de 2005, sí merece reparos que sus redactores optaran por tratarlas conjuntamente con la prevaricación judicial y, peor aún, que estas normas fueran incluidas dentro del apartado que se destina a la protección de la función jurisdiccional.

En cuanto al contenido del tipo, si bien es cierto que éste se adecua a las exigencias que imponen los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal –particularmente, en cuanto despenaliza las conductas culposas– no cumple, en cambio, los requerimientos mínimos en materia de taxatividad, en atención a la excesiva amplitud de los actos que dan lugar a la configuración del delito. Urge, en consecuencia, llevar a cabo un replanteamiento de esta figura, puesto que, en su actual redacción, su constitucionalidad es francamente discutible.

[Recibido el 5 y aprobado el 14 de diciembre de 2005].