

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA: IMPORTANCIA, ESTRUCTURA Y DESARROLLOS*

ROLAND HEFENDEHL**

SUMARIO: I. Introducción. II. Sistematización de los delitos contra la administración justicia. 1. El bien jurídico en los delitos contra la administración de justicia. 2. El primer criterio sistemático: la distinción entre delitos que atentan contra la confianza y delitos que atentan contra los recursos. 3. El segundo criterio sistemático: delitos cometidos por internos y delitos cometidos por externos a la administración de justicia. III. La sistematización de los delitos contra la administración de justicia en Alemania y en Chile. 1. Delitos contra la confianza cometidos por externos. 2. Delitos contra la confianza cometidos por internos. 3. Delitos contra los recursos cometidos por externos. 4. Delitos contra los recursos cometidos por internos. IV. Las propuestas de reforma al derecho penal chileno contenidas en el Anteproyecto del Foro Penal (AntFP). 1. Descripción general. 2. Valoración de lege ferenda del derecho chileno. A) Delitos de confianza cometidos por externos en el AntFP. B) Delitos de confianza cometidos por internos. C) Delitos contra los recursos cometidos por externos. D) Delitos contra los recursos cometidos por internos. V. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra la administración de la justicia, sistematización, derecho chileno, derecho alemán.

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta relativa a qué debemos proteger mediante el derecho penal resulta tan esencial de plantear como difícil de responder. Con seguridad, la interrogante no puede ser respondida sin aceptar cierto ámbito discrecional de determinación. Con la misma seguridad, sin embargo, estimo bien fundada la tesis según la cual un ordenamiento jurídico-penal sin delitos contra la administración de justicia sería, en una medida considerable, incompleto y, por eso mismo, defectuoso.

* Agradezco cordialmente a la Universidad Adolfo Ibáñez por la invitación al seminario “Delitos contra la Administración de Justicia” llevado a cabo en su Facultad de Derecho en septiembre de 2008, y, en especial, por su generosa hospitalidad, a mi amigo y colega Prof. Dr. (c) *Antonio Bascuñán R.* Asimismo, le agradezco su preciso trabajo de traducción al español del manuscrito originalmente escrito en idioma alemán. Por el trabajo en la versión impresa me fueron de extraordinaria ayuda —en especial, por el seguimiento de la argumentación y lo cuidadoso del trabajo— *Gonzalo García Palominos*, LLM (Freiburg), y *Javier Wilenmann*.

** Catedrático de Derecho Penal y director del Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la *Universidad Albert-Ludwigs de Friburgo*, Alemania.

Por “administración de justicia” entiendo la aplicación del derecho al caso concreto por los órganos del Estado previstos para tales efectos, esto es, en primer término, los tribunales de justicia. A la administración de justicia pertenecen, además, las acciones estatales que, si bien no caben dentro del concepto material de jurisdicción, se encuentran estrechamente relacionadas con él, como el actuar del Ministerio Público o incluso de los abogados.

Una vez que, con buenas razones, se ha decidido crear determinadas instituciones para resolver controversias, se debe consecuentemente asegurar dos aspectos. Por una parte, debemos preocuparnos de mantener esas instituciones con capacidad operativa e independencia. Por otra parte, con ocasión de esta protección, se debe tener siempre presente que su función está al servicio del ciudadano. La protección de estas instituciones nunca debe volverse un fin en sí mismo, sino que debe constituirse en una forma de protección de los derechos del ciudadano.¹ Finalmente, es posible que entren en conflicto los intereses protegidos, como cuando el acusado calla o declara falsamente para protegerse.

Desearía aproximarme a la protección penal de la administración de justicia en dos niveles. Primero, quiero identificar estructuras legítimas de grupos de delitos, para lo cual utilizaré los parámetros del bien jurídico protegido y la estructura del delito. Luego, compararé en qué medida coincide este análisis con el sistema de protección penal chileno, tanto de *lege lata* como en relación al anteproyecto de Código Penal de la Comisión del Foro Penal.

II. SISTEMATIZACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN JUSTICIA

Una sistematización que pretenda tener más que un sentido puramente ordenador no debe estructurarse de manera puramente fenomenológica, sino que debe poner, en primer plano, los principios que estructuran su contenido. Tratándose de los delitos contra la administración de justicia, estos principios pueden reconocerse, en primer término, al tratar la pregunta central referida a cómo podemos definir el bien jurídico que se quiere proteger al sancionarlos. Un segundo criterio diferenciador se obtiene de la respuesta a la pregunta respecto de la posición –figurativamente hablando– en que se sitúa el atacante del bien jurídico.

1. *El bien jurídico en los delitos contra la administración de justicia*

Conceptualizar el bien jurídico protegido por las normas que sancionan los delitos contra la administración de justicia parece ser sólo a primera vista una tarea sencilla. Esto, porque al consistir la tarea de la administración de justicia en el

¹ Véase en este sentido también RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (Santiago, 2005), pp. 165 y ss.

“cuidado del derecho” (*Rechtspflege*),² se corre el riesgo de que se entienda en ese cuidado (*Pflege*) la finalidad de protección de sus normas sancionatorias. Es por eso que ese cuidado del derecho –en el sentido de administración de justicia– no ha de entenderse como la tarea genérica propia del derecho penal, definida como protección de bienes jurídicos, sino, más bien, como el aseguramiento de las condiciones bajo las cuales las instancias estatales pueden y quieren adoptar una decisión jurisdiccional adecuada. Tal decisión adecuada, no sólo no puede esperarse, por ejemplo, de funcionarios corruptos, sino además se encuentra puesta en peligro, en caso de ser formulada, basándose en declaraciones falsas de testigos.

Una posible objeción a esta comprensión ha de ser inmediatamente tematizada y abordada. ¿Acaso no podemos justificar la protección de la administración de justicia en consideración a los intereses de los involucrados? Si un testigo efectúa una declaración falsa, probablemente una de las partes involucradas en el proceso no podrá obtener el reconocimiento de sus legítimas pretensiones. Al otro extremo, quien es falsamente imputado en un proceso criminal puede verse expuesto a medidas estatales intrusivas y coercitivas que, de otro modo, no tendría por qué soportar.

Si bien, en principio, considero correcta la exigencia de eliminar bienes jurídicos colectivos aparentes³ y concentrarse en bienes jurídicos individuales, no comparto, en cambio, la concepción extrema e inverosímil de que sólo son legitimables los bienes jurídicos individuales. La consecuencia de semejante modelo sería un ordenamiento jurídico-penal absurdo. Pero, tampoco comparto la alternativa de un derecho penal compuesto por bienes jurídicos individuales y colectivos meramente yuxtapuestos e inconexos. Por el contrario, estimo que los bienes jurídicos deben constituirse desde abajo, es decir, partiendo de los intereses de los miembros de la sociedad.⁴ Por eso, debe evitarse, por hipertrófica, toda construcción innecesaria de bienes jurídicos colectivos.⁵

² En el original alemán la aseveración tiene una base terminológica de la que la traducción carece. La expresión “administración de justicia” es el equivalente en el uso castellano de la expresión alemana *Rechtspflege*, cuya traducción literal sería “cuidado del derecho” (*N. del T.*).

³ Un análisis sobre los bienes jurídicos aparentes, véase HEFENDEHL, Roland, El bien jurídico como eje material de la norma, en HEFENDEHL, Roland, La teoría del Bien Jurídico (Madrid, 2007), pp. 179 y ss.; AMELUNG, Knut, El concepto “Bien Jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, en HEFENDEHL, Roland, La teoría del Bien Jurídico (Madrid, 2007), pp. 249 y ss.

⁴ HASSEMER, Winfried y NEUMANN, Ulfried, Observaciones previas al § 1, Allgemeiner Teil, en Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3ª Ed., Tomo 1 (Baden-Baden, 2010), núm. márg. 145; HEFENDEHL, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht (Köln, Berlin, Bonn, München, 2002), pp. 20 y ss.

⁵ Véase, entre otros, SCHÜNEMANN, Bernd, en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (Coordinadores), Die Rechtsgutstheorie, 1 (2003), p. 149; sobre criterios de diferenciación entre bienes jurídicos colectivos e individuales, véase ALEXY, Robert,

Ello no quiere decir que el bien jurídico administración de justicia deba considerarse dependiente en forma directa de la afectación de bienes jurídicos individuales.⁶ No se comprendería correctamente el sentido de la administración de justicia, como bien jurídico, si se lo interpretara simplemente como una duplicación superflua de la protección de un bien jurídico individual. Lo que se protege, en cambio, es una institución esencial en la solución de conflictos, que, en todos los casos, tiene que mantener su capacidad de funcionamiento, cualquiera que sea la forma que adopte un ataque en el caso concreto.⁷

2. *El primer criterio sistemático: la distinción entre delitos que atentan contra la confianza y delitos que atentan contra los recursos*

Para lograr producir un análisis más riguroso del bien jurídico administración de justicia, que he descrito sucintamente más arriba, y de los delitos que atentan contra éste, es necesario introducir algunas precisiones. Para ello presentaré un primer criterio clasificatorio mediante el cual puede distinguirse entre “delitos de confianza” o delitos que afectan la confianza (*Vertrauensdelikte*), y “delitos que afectan recursos públicos” (*Kontingentdelikte*).⁸ Posteriormente, introduciré un segundo criterio clasificatorio en relación con la posición del autor del delito.

En primer lugar, sólo se puede apreciar correctamente el particular valor de la administración de justicia, cuando se pone de manifiesto su relación con los miembros de la sociedad. Para éstos, y, con ello también, para el orden social en sí mismo, la confianza en esta institución es indispensable para su aceptación.

Individuelle Rechte und kollektive Güter, en Weinberger (Coordinador), Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Aktuelle Probleme der Demokratie, Viena (1989), pp. 49-54; en materia penal véase KORIATH, Heinz, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, (1999), pp. 561, 564 y ss.; HEFENDEHL, Roland, Kollektive ..., ob. cit., p. 111 y ss.; del mismo, ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)* 04-14 (2002), pp. 1-4. (disponible en Internet http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf).

⁶ Sobre la teoría monista, que exige una relación directa con los intereses individuales, véase HASSEMER, Winfried y NEUMANN, Ulfried ob. cit., Observaciones previas al § 1, núm. marg. 145; un análisis sobre esta teoría en HEFENDEHL, Roland, Kollektive ..., ob. cit., pp. 62 y ss.

⁷ Véase en la literatura chilena RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., pp. 165 y ss.; BUSTOS, Juan, Manual de derecho penal, Parte Especial (Barcelona, 1986), p. 355.

⁸ Sobre esta clasificación, véase HEFENDEHL, Roland, Kollektive ..., ob. cit., pp. 111 y ss.; del mismo, El bien jurídico como eje material... ob. cit., p. 190 y ss.; el autor denomina al segundo grupo de delitos como *Kontingentdelikte*, que comprende la idea de “una cantidad limitada de recursos públicos para un fin determinado”. La actividad del Estado directamente prestacional o interventora presupondría la existencia de recursos en mano del Estado referidos a un bien final como el dinero o a un determinado potencial laboral. Al no existir un concepto equivalente que permita una traducción literal al español se propone la de *delitos que atentan contra los recursos públicos*. (N. del. Trad.).

Se trata, por lo tanto, de delitos que atentan contra la confianza, los cuales, como todos los delitos que he denominado delitos de confianza, presuponen no sólo un objeto concreto de confianza sino también la existencia de confianza en dicho objeto.⁹

En la literatura especializada no ha sido resuelto unánimemente el problema respecto de si este componente de confianza es parte integrante del bien jurídico en los delitos contra la administración de justicia.¹⁰ Falta explicitar los fundamentos de por qué, por ejemplo, ha de considerarse que la prevaricación ataca la confianza en la integridad de la administración de justicia, mientras la falsa inculpación ataca derechamente la capacidad de función de la administración de justicia. De esto no se sigue que sea necesario adscribir al componente de confianza un significado distinto en cada delito contra la administración de justicia. Más bien, la confianza puede ser introducida por sobre los conceptos de capacidad de funcionamiento o de condición de funcionamiento, como parte integrante del bien jurídico. Conforme a esto, el tipo de imputación falsa tiene también por finalidad la protección de la confianza de la población en la legitimidad de la actividad persecutora del Estado, que es condición indispensable para su capacidad de funcionamiento.¹¹

La segunda precisión que es necesario introducir dice relación con la existencia de delitos que atentan contra los recursos públicos (*Kontingentdelikte*). Más allá del carácter de bien jurídico de confianza, también puede existir una protección de los recursos de la administración de justicia. Dado que los recursos de ésta son limitados, quien los utiliza en contravención a su finalidad, los menoscaba. El

⁹ Para determinadas instituciones, la confianza resulta constitutiva; confianza que está sujeta a presupuestos específicos, tanto de desarrollo como de destrucción, de modo que el objeto de la confianza, sea una persona o una institución, debe cumplir unas exigencias de calidad especiales para que uno se ponga en sus manos ésta y permita a las personas reducir la complejidad de una situación. En este caso no se trata ni de la confianza en el ordenamiento jurídico ni de una confianza interpersonal, sino en ámbitos institucionales –como sistemas, mecanismos o medios, que permiten reducir la complejidad y, con ello, maximizan las posibilidades de interacción de las personas; véase HEFENDEHL, Roland, *Kollektive ...*, ob. cit., pp. 124 y ss, 255 y ss. y 313; del mismo, ob. cit., p. 190; sobre la confianza como reducción de la complejidad véase LUHMANN, Niklas, *Confianza* (Barcelona, 2005).

¹⁰ Una opinión favorable en HEFENDEHL, Roland, *Kollektive ...*, ob. cit., pp. 323 y s.; en contra, aunque en general, véase KARGL, Walter, *Vertrauen als Rechtsgutsbestandteil*, en NEUMANN, Ulfrid y PRITTWITZ, Cornelius (Coordinadores), *Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht* (Frankfurt am Main, 2007), pp. 76 y ss.

¹¹ Aun cuando en la literatura chilena es posible encontrar una gama importante de opiniones que aceptan la propuesta de entender a la *confianza* como parte del bien jurídico protegido –sea como confianza propiamente tal o como fe pública– no hay ninguna relacionada directamente con los delitos contra la Administración Pública. En oposición a la teoría de la confianza en el delito de cohecho, véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., p. 312; OLIVER, Guillermo, “Aproximación al delito de cohecho”, en *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, 5, 2004, pp. 83, 93 y ss.

delito contra los recursos sería, por lo tanto, un delito de lesión y, por lo mismo, su legitimidad se encontraría bien asegurada en virtud de su estructura delictiva.¹²

Sin embargo, a la luz de la clásica tripartición de los delitos en delitos de lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto, y de la creciente carga argumentativa que se impone a cada uno de éstos –máxima en los delitos de peligro abstracto y mínima en los delitos de lesión–, el significado de los delitos de confianza se vería desvirtuado si siempre se los combinara con la protección de los recursos de las instituciones estatales. Ello eliminaría la mayor carga argumentativa que requiere un delito de confianza, así como su particular significado. Por ello, en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos, sólo excepcionalmente se debe proteger los recursos estatales (*contingentes estatales*) mediante el derecho penal. Una situación tal sólo se da cuando precisamente no concurre un delito de confianza y el recurso público se encuentra, de manera especial, cimentado constitucionalmente. Ello sucede, por ejemplo, en el derecho penal del medio ambiente o tributario. En estos casos puede afirmarse, legítimamente, que existe un delito que atenta contra los recursos.¹³ Abierta queda la cuestión de hasta dónde hay un lugar para semejantes delitos entre los delitos contra la administración de justicia.

3. El segundo criterio sistemático: delitos contra la administración de justicia cometidos por internos y delitos cometidos por externos

Junto con las precisiones ya efectuadas en relación con el bien jurídico, conviene efectuar una distinción, atendiendo a la posición que ocupan los autores, entre delitos cometidos por internos y cometidos por externos.

Tratándose de los delitos cometidos por externos, la administración de justicia es atacada desde fuera por personas que, en lo esencial, son extrañas a ella y que sólo entran en contacto con la misma, de manera específica y en un caso concreto. Este es, por el ejemplo, el caso de los delitos cometidos por testigos, por las partes en el proceso o por imputados.

Los delitos cometidos por *internos* contra la administración de justicia, por su parte, corresponden a aquellos tipos en los cuales la administración de justicia es menoscabada desde dentro, por sus propios órganos, esto es, por las personas que, conforme a su cargo o profesión, se sitúan del lado de la administración de justicia, como los jueces, los fiscales, los funcionarios policiales o los funcionarios encargados de la ejecución de la pena.

A modo de ejemplo, se pueden nombrar como delitos contra la administración de justicia cometidos por *externos* a los delitos de falso testimonio. Mientras que a los delitos contra la administración de justicia ejecutados por *internos*, pertenece, por ejemplo, la prevaricación, tanto la judicial como la de abogado.

¹² Véase HEFENDEHL, Roland, *Kollektive ...*, ob. cit., p. 135 y ss. y 361 y ss.

¹³ Véase HEFENDEHL, Roland, *Kollektive ...*, ob. cit., pp. 361 y ss.

III. LA SISTEMATIZACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ALEMANIA Y CHILE

Combinando las dos distinciones binarias expuestas se puede construir un sistema compuesto por cuatro categorías:

1. Delitos contra la confianza cometidos por externos
2. Delitos contra la confianza cometidos por internos
3. Delitos contra los recursos cometidos por externos
4. Delitos contra los recursos cometidos por internos

Esta sistematización no es pertinente sólo para el derecho penal alemán, el cual no la recoge positivamente, sino que es de aplicación general. En el caso chileno, es muy llamativo que la distinción entre delitos externos y delitos internos sea explícitamente recogida por el Código Penal. Los delitos internos se encuentran tratados expresamente como delitos de funcionarios en el Título V del Libro II, mientras que los delitos externos más importantes se encuentran en el párrafo 7 del Título III, sistematizados como delitos contra la fe pública, así como en el párrafo 2 bis del Título VI, como delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares.

Como puede observarse, pese a la llamativa distinción que hace el Código Penal chileno entre delitos internos y externos, los delitos contra la administración de justicia no se encuentran agrupados en un título o capítulo especial del Código Penal ni en Alemania ni en Chile, por lo que en ambos casos una adecuada sistematización resulta especialmente importante.

A continuación revisaré, con este esquema sistemático, los delitos contra la administración de justicia existentes en Alemania, y los compararé con el Código Penal chileno. Posteriormente, llevaré a cabo una revisión de la propuesta de regulación contenida en el Anteproyecto del Foro Penal.

1. Delitos contra la confianza cometidos por externos

Si un tercero ajeno a una institución desprecia sus condiciones de funcionamiento ésta resulta, por una parte, directamente debilitada. Por otra, existe la posibilidad de que el bien jurídico experimente otro tipo de daños, como consecuencia de la pérdida de confianza de la sociedad en la institución debilitada. La inclusión de esta segunda consecuencia posible se justifica aquí porque la confianza representa, por sí sola, una condición de funcionamiento del bien jurídico cuando se trata de la institución de la administración de justicia. No sucede lo mismo, por ejemplo, cuando la víctima de una lesión corporal tiene temor de caminar, por sí sola, por la calle en el futuro. La falta de confianza en la propia seguridad puede menoscabar la movilidad y la posibilidad de entablar contactos sociales, pero ello no afecta al bien jurídico individual de la integridad corporal.

Los principales delitos pertenecientes a este grupo en el Código Penal alemán son los siguientes.

(i) Soborno y cohecho activo (§ 333, 334 StGB)

El soborno es un delito cometido por externos que afecta la capacidad de funcionamiento de la administración estatal en general. No obstante, el Código Penal alemán menciona expresamente al juez y al árbitro como posibles destinatarios del provecho ofrecido o pagado por el autor del delito, sancionando esos supuestos como hipótesis calificadas (§§ 333-2, 334-2 StGB). En estos casos se trata de proteger la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia.¹⁴

La confianza en la administración de justicia necesita de la objetividad y la legalidad de la actuación del juez o árbitro. Dado que la institución de la administración de justicia no se ve menoscaba por una acción individual de soborno,¹⁵ se requiere aquí un equivalente material a esa imposible causalidad lesiva. Este equivalente proviene del principio de la acumulación, especialmente aplicable en los delitos contra la confianza.¹⁶ El pronóstico realista de acumulación se deriva del carácter primariamente egoísta del autor en el ámbito de los delitos de soborno.¹⁷

En Chile, el soborno cometido por externos (art. 250 CP) comprende todo cohecho ofrecido o dado a un funcionario público, incluyendo a los funcionarios

¹⁴ Véase, entre otros a LOOS, Fritz, Zum “Rechtsgut” der Bestechungsdelikte, en STRATEN-WERTH, KAUFMANN, GEILEN, HIRSCH, SCHREIBER, JAKOBS y LOOS (Coordinadores), Festschrift für Hans Welzel (Berlín, New York, 1974), pp. 879-885 y ss. y 889 ss.; del mismo, Del “bien jurídico” en los delitos de cohecho, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, (2009), pp. 266 y ss. (disponible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_321.pdf); HEINE, Günter, Comentarios al § 331 StGB, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst (Coordinadores), Strafgesetzbuch (München, 2010), núm. marg. 3; RÜDIGER, Christiane, Schutzinteresse und Deliktsstruktur der “Bestechungsdelikte” (§§ 331 ff. StGB), (Frankfurt a. M., 2007), pp. 86 y ss. y 264; GRIBL, Kurt, Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten (Heidelberg, 1993), p. 77; HEFENDEHL, Roland, Kollektive ..., ob. cit., p. 322; FISCHER, Thomas, Comentarios a los §§ 331 y ss. StGB, en FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (München, 2012).

¹⁵ Véase, entre otros, LOOS, Fritz, Zum “Rechtsgut” ..., ob. cit., pp. 891 y s.; del mismo, Del “bien jurídico” ..., ob. cit., pp. 266 y ss.; GRAUL, Eva, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht (Berlín, 1991), pp. 47 y s.; GRIBL, Kurt, ob. cit., pp. 135 y s.; HEFENDEHL, Roland, Kollektive ..., ob. cit., p. 322; RÜDIGER, Christiane, ob. cit., p. 88.

¹⁶ Véase LOOS, Fritz, ob. cit., Zum “Rechtsgut” ... pp. 879 y ss., del mismo, ob. cit., Del “bien jurídico” ..., p. 266; WOHLERS, Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte (Basilea, 2000), pp. 309 y ss.; VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang, Rechtsguttheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung, en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (Coordinadores), Die Rechtsguttheorie (Baden-Baden, 2003), pp. 196, 198 y ss.; sobre la *acumulación* como material equivalente ante la falta de relación causal entre acción y bien jurídico, véase HEFENDEHL, Roland, Kollektive ..., ob. cit., pp. 182 y s.; del mismo en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang, Die Rechtsguttheorie 2003, p. 131 del mismo, El bien jurídico..., ob. cit., pp. 194 y s.

¹⁷ Véase HEFENDEHL, Roland, Kollektive ..., ob. cit., pp. 186 y s.

de la administración de justicia. No hay, sin embargo, una calificación de la pena para este último caso.¹⁸

(ii) Delitos de declaración, que comprenden al perjurio y otras declaraciones falsas (§§ 153-160 StGB)

También los delitos de declaración son atentados contra la confianza cometidos por externos. Ello se deduce del hecho que no se requiere esperar a que una falsa decisión del tribunal o que otra instancia competente conduzca a un menoscabo de la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia o de los bienes jurídicos individuales de las personas afectadas. Ya el hecho de que las declaraciones falsas sean formuladas y, por lo tanto, puedan ser la base del proceso de decisión judicial, erosiona, conforme al principio de la acumulación, la confianza en la pertinencia del establecimiento de los hechos y, consecuentemente, en la institución de la administración de justicia.

En el caso del Código Penal chileno, estos delitos se encuentran en el Párrafo 7 del Título V, como “Falsedades vertidas en el proceso y perjurio”, en la denominación introducida por la Ley N° 20.074, de 2005 (artículos 206, 208-210, 212 CP). Un rasgo muy particular del Código Penal chileno es que no sólo hace punible la declaración falsa de un testigo en juicio, sino también la declaración falsa efectuada ante instituciones estatales o sus representantes en procedimientos no contenciosos, es decir, en cualquier procedimiento administrativo.¹⁹

Digno de observarse es también que, en contraste con Alemania (§ 160 StGB) y Estados Unidos (title 18, § 1622 U.S. Code), no existe en Chile una disposición específicamente referida a la inducción a efectuar una declaración falsa. En su lugar se penaliza la presentación de testigos u otros medios de prueba falsos (art. 210 CP).

¹⁸ En la doctrina chilena, se manifiestan contrarios a la “confianza” como bien jurídico del cohecho RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., p. 312; OLIVER, Guillermo, ob. cit., pp. 83, 93 y s. Estos autores, en un sentido distinto a la orientación institucional aquí sostenida, entienden la confianza desde las expectativas relacionadas con los funcionarios públicos concretos. Así entendida, rechazan a la confianza como bien jurídico del delito de cohecho, ya que dicha confianza no sólo no sería exclusiva de este delito, sino que además porque, aun cuando éste fuera el caso, no podría apreciarse el delito, por no afectar el bien jurídico, cuando el funcionario no goce de la confianza de la ciudadanía.

¹⁹ El artículo 210 CP establece un tipo penal que comprende la hipótesis de falso testimonio en causa no contenciosa; véase POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno, Parte Especial (Santiago, 2005), pp. 541 y s.; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena ob. cit., p. 249 sostienen que en este delito el bien jurídico protegido no sería la administración de justicia, sino, en términos generales, la administración pública.

(iii) Favorecimiento y obstrucción de la punición (§§ 257, 258 StGB)

Las hipótesis de favorecimiento (§ 257 StGB)²⁰ y obstrucción de la punición (§ 258 StGB)²¹ representan casos clásicos de impedimento o inhibición de la administración de justicia penal llevados a cabo por externos. Común a ambos hechos punibles es su carácter de hechos conexos con la comisión de un hecho previo.

El favorecimiento de la punición impide la restitución de lo obtenido por la comisión del hecho punible previo y, con ello, afecta la tarea de la administración de justicia consistente en superar o, al menos, atenuar las consecuencias del hecho punible previo. Simultáneamente, se protege el interés individual en la reparación que tiene el afectado por el hecho punible previo. La sanción de la obstrucción de la punición protege la administración de justicia en relación con el cumplimiento de su tarea consistente en hacer efectiva la pretensión punitiva estatal.²²

En el Código Penal chileno faltan normas que configuren, como delito autónomo, el favorecimiento. Como es bien sabido, esta constelación es abarcada por las reglas de la punibilidad del encubrimiento (art. 17 CP), asociado por el Código Penal a la participación en el hecho previo.²³

La obstrucción de la punición tiene un equivalente parcial en el artículo 269 bis del Código Penal chileno (obstrucción a la investigación), introducido en 1991 y modificado recientemente en 2005.²⁴ Entre ambas hay, sin embargo, dos grandes diferencias. Por una parte, la disposición chilena es mucho más amplia. Mientras en Alemania la obstrucción debe impedir la dictación de la condena o medida, o bien su ejecución, en Chile, en cambio, el delito se encuentra consumado en una etapa previa. Basta con que la ocultación de antecedentes conduzca a la realización u omisión de actuaciones durante la investigación.²⁵

²⁰ El § 257 StGB sanciona a (1) *quien ayuda a otro que ha cometido un hecho antijurídico con la intención de prestarle ayuda para asegurarle las ventajas del hecho.* (N. del Trad.).

²¹ El § 258 StGB castiga en el (1) *a quien intencional o conscientemente impida que otro sea castigado de acuerdo con la ley penal por un hecho antijurídico o que sea sometido a una medida* (§ 11 inciso 1, numeral 8), mientras el numeral 2 sanciona *a quien impida intencional o conscientemente la ejecución total o parcial de un castigo o una medida impuesta contra otro.* (N. del Trad.).

²² Véase, entre otros, STREE, Walter y HECKER, Bernd, Comentarios al § 257 StGB, en SCHÖNK, Adolf y SCHRÖDER, Horst ob. cit., núm. marg. 1; FISCHER, Thomas, Comentarios al § 257 StGB, ob. cit., núm. marg. 2; KÜHL, Kristian, Comentarios al § 257 StGB, en LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, Kommentar Strafgesetzbuch (München, 2011), núm. marg. 1, con amplias referencias.

²³ Véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., p. 280; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., Capítulo 15, § 3, D.

²⁴ Modificado por el artículo 2 N° 3 y N° 4 de la Ley N° 20.074, D.O. 14. 11. 2005.

²⁵ Véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., p. 271; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit. (nota 19), pp. 548 y s.

Por otra parte, sin embargo, la disposición chilena es considerablemente más restringida. En Alemania, la obstrucción puede cometerse por cualquier comportamiento idóneo para producir el resultado antedicho. En Chile, en cambio, la obstrucción sólo es típica cuando se comete mediante la aportación de antecedentes falsos.

(iv) *Imputación Falsa* (§ 164 StGB)

Tal como los delitos de falso testimonio y los delitos de cohecho, el tipo penal de la falsa inculpación asegura la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia.²⁶ Si se abusara de la administración de justicia mediante la imputación falsa a otro y, con ello, provocara que el aparato judicial inicie una investigación o que adopte medidas de persecución en contra de una persona inocente, peligraría su autoridad. Ello es así, porque la persecución de un inocente, aun la efectuada de buena fe, representa –por lo menos en su resultado– precisamente lo contrario de la auténtica tarea de la administración de justicia (penal). Tal como peligran la confianza en caso de funcionarios corruptos, ese es también el caso cuando falta el reconocimiento por quienes en lo esencial recurren a ella. En esa medida se puede hablar de una *relación recíproca de confianza*: la Institución debe poder confiar en su compañero de Interacción –la generalidad (*Allgemeinheit*)– y la generalidad debe poder confiar en el funcionario público.

Junto con lo anterior, tal como se dirá más adelante, con esta norma se protege la capacidad de funcionamiento puramente fáctica de la administración de justicia, en el sentido de mantener disponible un potencial estatal de prosecución penal que resulta económicamente agotable.

En el Código Penal chileno (artículo 211 CP) se sanciona la denuncia o acusación que haya sido declarada por un tribunal como calumniosa por sentencia firme.²⁷ Esta forma de regulación hace necesario preguntarse si, en abstracto, puede existir alguna falsa inculpación que no sea calumniosa.²⁸ En caso afirmativo,

²⁶ Una visión panorámica sobre el bien jurídico protegido según la doctrina alemana, véase KÜHL, Kristian, Comentarios al § 164 StGB, ob. cit., núm. marg. 1; LENCKNER, Theodor y BOSCH, Nikolaus, Comentarios al § 164 StGB, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst, op. cit., núm. marg. 1; HEFENDEHL, Roland, Kollektive ..., ob. cit., pp. 325 y s.

²⁷ En Chile existen, al igual que en Alemania, dos posiciones diferentes relacionadas al bien jurídico protegido. Así, mientras una parte de la doctrina entiende este delito como una modalidad específica de la calumnia y, con ello, un delito contra el honor (véase ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV [Santiago, 1998], p. 198), otra comprende que, junto con aspectos individuales, lo protegido es la administración de justicia (véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., pp. 284 y ss.; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., p. 524; GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, segunda edición [Santiago, 2002], p. 124).

²⁸ En la doctrina chilena es posible encontrar opiniones en sentido que existen imputaciones falsas que, o por constituir delitos prescritos, por haber sido absuelto el imputado o por constituir

esto podría significar que mediante el requisito adicional de punibilidad dispuesto en el Código Penal chileno, esto es, la necesidad de la existencia de un elemento calumnioso-personal, el centro de gravedad de la lesión del bien jurídico ya no radicaría en la afectación de la administración de justicia, sino en la lesión de los bienes jurídicos individuales del ofendido. En mi opinión, sin embargo, la expresión “calumniosa” no significa en este contexto más que una imputación a sabiendas, es decir, impone exigencias especiales de tipo subjetivo.²⁹ Por ello, el centro de gravedad sigue siendo el bien jurídico de la confianza en la capacidad de función de la administración de justicia.³⁰

2. Delitos contra la confianza cometidos por internos

Mientras las normas que sancionan los delitos de confianza cometidos por externos protegen al bien jurídico frente a ataques cometidos por personas que no participan en la institución, las normas que sancionan los delitos de confianza cometidos por internos, por su parte, tienen por objetivo protegerlo de menoscabos desde dentro.³¹ Éstos pueden, a su vez, tener dos direcciones de ataque. Por una parte, las acciones típicas pueden permanecer, por así decirlo, en la relación de relevancia interna, con lo cual, naturalmente, el agente ya no se aprovecha de una circunstancia constitutiva de la confianza, sino que sólo de una oportunidad favorable dada, precisamente, por su posición al interior de la institución. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el funcionario público se apropia de material de la oficina. Por otra parte, las acciones típicas pueden tener un efecto y relevancia externa respecto de los individuos que se encuentran fuera de la institución, como, por ejemplo, en el abuso del cargo bajo la forma de una prevaricación.

Los principales delitos pertenecientes a este grupo son los siguientes:

(i) *Cohecho (pasivo)*, (§§ 331, 332 StGB)

Como ya se dijo, el bien jurídico protegido en los delitos de cohecho es la confianza en la objetividad y legalidad de la administración estatal, en este caso de

una autodenuncia, no constituirían calumnia; véase en ese sentido RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., p. 271; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., p. 546; la opinión de GARRIDO MONTT (ob. cit., pp. 127 y s.) pareciera coincidir con las dudas aquí planteadas y hace sinónimo de *calumniosa* a la *simple falsedad*.

²⁹ En parte también RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., p. 292.

³⁰ En este sentido, entre otros, GARRIDO MONTT, ob. cit., pp. 124 s. y 131 s.

³¹ Véase HEFENDEHL, Roland, *Kollektive...*, ob. cit., pp. 331 y s.

la administración de justicia. Tratándose de los delitos de cohecho pasivo el bien jurídico es atacado desde dentro.

Tal como sucede con el soborno cometido por externos, en Chile el cohecho cometido por internos (artículos 248 y 249 CP) comprende el provecho solicitado o aceptado por cualquier clase de funcionario público, incluyendo a los funcionarios de la administración de justicia. No hay en estas reglas, una calificación de la pena para estos últimos.

No obstante, en el art. 223 N° 2 CP (prevaricación-cohecho), se encuentra tratado como un caso de prevaricación un delito especial de cohecho cometido por jueces y fiscales judiciales. La comparación de la pena establecida en esta disposición con las penas establecidas por las normas generales sobre cohecho de funcionario lo hace un caso calificado, tal como lo es en el Código Penal alemán.³²

*(ii) Prevaricación (§ 339 StGB) y persecución y ejecución de inocentes
(§§ 344, 345 StGB)*

El bien jurídico de la prevaricación (§ 339 StGB) es la confianza en la capacidad de función de la administración de justicia, más precisamente el aseguramiento de la vigencia del ordenamiento jurídico en la conducción o decisión de actuaciones jurídicas.³³ También aquí tiene lugar el ataque a esta confianza desde dentro, es decir, es cometido por órganos de la administración de justicia.³⁴

En lo que respecta a la persecución de inocentes (§ 344 StGB), se trata de un caso especial de prevaricación, por lo que lo dicho anteriormente tiene aplicación. Por su parte, la ejecución de condenas o medidas contra inocentes (§ 345 StGB) no (sólo) protege la libertad personal del alcanzado por el hecho, sino, primariamente, la confianza en la capacidad de función de la administración de justicia.³⁵

³² Véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., pp. 219 y s.; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., pp. 531 y s.

³³ En este sentido también FISHER, Thomas, Comentarios al § 339 StGB, ob. cit., núm. marg. 2; HEFENDEHL, Roland, Kollektive..., ob. cit., p. 333; en la jurisprudencia véase *BGH 42, 349, NSz-RR 2001, 244*; para un panorama sobre la discusión sobre el bien jurídico protegido en Alemania, véase KÜHL, Kristian, Comentarios al § 339 StGB, ob. cit., núm. marg. 1; HEINE, Günter, Comentarios al § 339 StGB, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst ob. cit., núm. marg. 1; en la literatura chilena prima la opinión que lo protegido es el funcionamiento de la administración de justicia, véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., pp. 183 y s.; ACOSTA, Juan Domingo, Aspectos generales de la prevaricación, en *Revista Chilena de Derecho* (1983), pp. 104 y ss.

³⁴ Véase también, FISCHER, Thomas, Comentarios al § 339 StGB, ob. cit., núm. marg. 2, 15b.

³⁵ Véase HEFENDEHL, Roland HEFENDEHL, Roland, Kollektive..., ob. cit., p. 333; WITTECK, Lars y BANGE, Markus, Comentarios al § 345 StGB, en VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd (Coordinador), Beck'scher Online-Kommentar (2012), núm. marg. 3.

En el Código Penal chileno, el mayor espacio en este grupo lo ocupan, por lejos, las disposiciones sobre prevaricación en sentido amplio. En los artículos 223 y siguientes CP existen una serie de disposiciones relacionadas con este delito, en parte, sumamente específicas, que abarcan un ámbito material muy extenso y, con ello, establecen para jueces y fiscales judiciales un umbral muy amplio de punibilidad.³⁶ Conforme al artículo 224 N° 1 CP ya la sentencia manifiestamente injusta a causa de negligencia o ignorancia inexcusables del juez conduce a su punibilidad.³⁷ A lo anterior, cabe agregar que, conforme al art. 228 inciso segundo CP, también el funcionario que dicta en un procedimiento administrativo una resolución manifiestamente injusta, por negligencia o ignorancia inexcusables, se encuentra conminado con una pena.

Por otra parte, el sistema jurídico chileno no contempla un delito autónomo de persecución o ejecución de inocentes como el alemán. El art. 224 N° 5 CP permite identificar un caso especial de esta constelación, cuando una persona que debería ser puesta en libertad es mantenida en prisión. Su comisión por negligencia o ignorancia inexcusables se encuentra sancionada en el art. 225 N° 5° CP. Pero, de todos modos, los demás actos de funcionario que son delictivos bajo este título en el derecho alemán, caen bajo el extenso ámbito de las demás reglas de la prevaricación en el derecho chileno. Esto confirma lo dicho, en el sentido de que en términos generales el delito de persecución o ejecución de condena contra un inocente es un caso especial de prevaricación.³⁸

(iii) Obstrucción de la punición en ejercicio del cargo (§ 258-a StGB)

La obstrucción de la punición en ejercicio del cargo abarca, como delito funcionario (especial) impropio,³⁹ el impedimento de la condena o de su ejecución por parte de funcionarios públicos que son llamados a intervenir en el proceso penal. Internos, en este sentido, son, por sobre todo, el juez, los fiscales y los funcionarios de la investigación. El bien jurídico protegido es (la confianza en) la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia.⁴⁰

³⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., pp. 187 y ss.; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., p. 528; ACOSTA, Juan Domingo, ob. cit., pp. 104 y s., ETCHEBERRY, Alfredo ob. cit., pp. 213 y s.

³⁷ Véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., pp. 207 ss.

³⁸ De esta opinión también RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., p. 217.

³⁹ Véase STREE, Walter y HECKER, Bernd, Comentarios al § 258-a StGB, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst, ob. cit., núm. marg. 1.

⁴⁰ La doctrina alemana acentúa especialmente el aspecto funcional de la administración de justicia, véase STREE, Walter y HECKER, Bernd, ob. cit., núm. marg. 1; CRAMER, Steffen y

El artículo 269 ter del Código Penal chileno, introducido el año 2002, establece un delito de obstrucción a la justicia restringido a los fiscales del Ministerio Público como posibles autores. Se trata, a su vez, de un delito de medios comisivos restringidos: sólo abarca el ocultamiento, la alteración o la destrucción de antecedentes o documentos.⁴¹

Esta disposición plantea la interrogante de cómo ha de tratarse la obstrucción cometida por los restantes internos, por ejemplo, jueces y policías. ¿Debe considerárselos como externos? Todas estas dificultades demuestran que la introducción de esta norma pareciera estar más vinculada a experiencias concretas que a una decisión general de política legislativa.

(iv) Coacción en las declaraciones u obtención de declaración mediante violencia (§ 343 StGB)

En relación con la coacción en las declaraciones, que asimismo sólo puede ser cometida por los respectivos órganos de la administración de justicia, se ha sostenido, por algunos, que la norma protege tanto la administración de justicia como al afectado por el hecho. Esto se sigue sin más del hecho de que el tipo de la extorsión de declaraciones contiene todos los elementos del tipo de la coacción a los que añade otros. La libertad de decisión de la víctima se encontraría necesariamente protegida en la extorsión de declaraciones.⁴²

Esta controversia, sin embargo, no debe ser sobreestimada. Incluso, si se reconoce adicionalmente un bien jurídico individual, esto no altera que el componente supraindividual de la confianza no puede ser alterado mediante disposiciones sobre el bien individual, por ejemplo, al consentir el ofendido en el daño. Tal como se ha dicho, la confianza concierne representaciones generalizadas, por lo que simplemente no se presenta el problema de determinar las consecuencias de

PASCAL, Franck, Comentarios al § 258 StGB, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (Coordinadores), *Münchener Kommentar zum StGB* (2012), núm. Marg. 3, con amplias referencias.

⁴¹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit. (nota 19), pp. 549 y s.; MEDINA Jara, Rodrigo, “El delito de obstrucción a la justicia”, en *Revista Gaceta Jurídica*, N° 251, 2001, pp. 7 y s.; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., pp. 276 y s., son de la opinión que, no obstante respecto de estos funcionarios no recae la tarea de aplicar justicia, sin embargo, ocupa una posición “institucional” que lo vincula y lo obliga permanentemente con la administración de justicia. En opinión de estos autores, se trata, más bien, de una especie de prevaricación, similar a la de los abogados y procuradores.

⁴² KÜHL, Kristian, Comentarios al § 339 StGB, ob. cit., núm. marg. 1; VALERIUS, Brian, Comentarios al § 343 StGB, en VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd (Coordinador), *Beck'scher Online-Kommentar* (2012), núm. marg. 1; (también la decisión libre y voluntaria del individuo); VOBEN, Nicole, Comentarios al § 343 StGB, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (Coordinadores), *Münchener Kommentar zum StGB*, 1ª Ed. (2006), núm. marg. 1 y s. (agrega además la integridad física y la decisión libre y voluntaria).

la renuncia de un individuo a un bien jurídico individual del que es titular. En la coacción en las declaraciones no se trata de complementar la protección de un bien jurídico individual con consideraciones colectivas, sino que, en el mejor de los casos, de la extensión de un bien jurídico colectivo a aspectos adicionales que protegen directamente al individuo.

En el Código Penal chileno, la extorsión de declaraciones aparece regulada en el contexto del delito de tortura, en el artículo 150-A, como hipótesis calificada. La regulación chilena sistematiza este delito como atentado contra los derechos fundamentales del ofendido.⁴³ Esto plantea la necesidad de fundamentar el carácter colectivo del bien jurídico protegido para los casos en que no aparezca comprometida la confianza en la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia. Mientras ese no sea el caso, vale lo dicho arriba: el consentimiento del ofendido no excluye la punibilidad del atentado a la administración de justicia.

(v) Prevaricación del abogado (§ 356 StGB)

En relación con la prevaricación del abogado también puede constatarse, del mismo modo, una protección individual (aunque indirecta) de las partes representadas, a pesar de que algunos sólo advierten aquí un reflejo de la protección de la confianza en la administración de justicia. Aquí vale lo dicho a propósito del § 343 StGB:⁴⁴ debe considerarse como primariamente protegida la confianza de la sociedad en la fiabilidad e integridad de la profesión de abogado.⁴⁵

Respecto de la prevaricación del abogado, en Chile existe una disposición que penaliza el caso clásico de prevaricación consistente en la doble representación (art. 232 CP)⁴⁶ y una más extensa, que criminaliza el perjuicio del mandante mediante abuso de la posición del abogado (art. 231 CP). Puesto que el perjuicio del mandante se encuentra definido como resultado de lesión, en este caso se trata de un delito que atenta contra el patrimonio de modo semejante a la administración fraudulenta del patrimonio ajeno.⁴⁷ Consecuentemente, debería ser excluido del grupo de delitos supraindividuales contra la confianza.

⁴³ En la doctrina chilena POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., pp. 216 y s., se manifiestan en orden a que lo protegido es la libertad de decisión y actuación.

⁴⁴ Véase así IV. 2. d).

⁴⁵ Véase, por todos, KÜHL, Kristian, Comentarios al § 356 StGB, ob. cit., núm. marg. 1.

⁴⁶ Sobre una protección supraindividual, véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., p. 236; orientado a una protección individual, véase, por ejemplo, BUSTOS, Juan, ob. cit., p. 361 y MONTES, Leonidas, De la prevaricación de abogados y procuradores (Santiago, 1963), pp. 100 y ss.

⁴⁷ En la literatura chilena se observan opiniones divergentes en este punto, incluso –algunas– contrarias a las exigencias del tipo. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., p. 230, rechaza, no obstante la exigencia del perjuicio, la orientación hacia la

(vi) *Comunicaciones prohibidas sobre audiencias judiciales (§ 353-d StGB)*

Las comunicaciones prohibidas sobre audiencias judiciales demuestran una particularidad, en la medida en que la prohibición se dirige, según la variante de comisión, tanto a los órganos de la administración de justicia como a los intervinientes en el proceso que desempeñan alguna función externa (peritos, testigos, público admitido). En virtud de ello puede tratarse de un delito interno o externo contra la administración de justicia.

En el Código Penal chileno las comunicaciones prohibidas sobre las audiencias judiciales sólo se encuentran penalmente prohibidas para los jueces y fiscales judiciales. Estas conductas son consideradas sistemáticamente como un caso de prevaricación (art. 224 N° 6), pero se encuentran tipificadas bajo la forma de revelación de secretos procesales.⁴⁸

3. *Delitos contra recursos públicos cometidos por externos*

Mediante los ataques a la administración de justicia, los externos no sólo pueden afectar la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia o, bien, la confianza en ella, sino también ocasionar que recursos consumibles de la prosecución penal sean usados inútilmente.

A primera vista, ese desperdicio de recursos es concebible en relación con prácticamente todos los delitos cometidos por externos contra la administración de justicia. Por ejemplo, si después de terminado el proceso judicial se constata que un testimonio ha sido falso, bajo ciertas condiciones, el proceso debe ser efectuado nuevamente. Lo mismo vale, por ejemplo, en caso de cohecho del juez. Con ello, se ocasiona un mayor gasto que conduce a un uso adicional de los recursos ya limitados de la administración de justicia.

De esta consideración no debe concluirse, sin embargo, que en estos casos un recurso consumible se encuentre también protegido como bien jurídico. Se trata

protección de intereses individuales. Esta opinión es compartida por MONTES, ob. cit., pp. 32 y s., POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., p. 511 y ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 221, al punto de negar que el concepto de perjuicio se limite al daño patrimonial, sino también al daño moral. En relación a la primera modalidad (perjuicio para el cliente), estos autores aceptan que la exigencia de perjuicio, convierte a este delito en consumado sólo cuando éste se hubiere realizado; por el contrario, en la segunda modalidad (revelación de secretos) autores como POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., p. 512, sostienen que esta modalidad no exige, para la consumación, la verificación del perjuicio; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, ob. cit., pp. 233 y ss. y ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 222, reconocen que, aun cuando la exigencia del perjuicio no se justifique, el perjuicio asume la condición de resultado.

⁴⁸ Véase ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 219. Este autor entiende este delito como una forma particular de *torcida administración de justicia*.

de un mero menoscabo indirecto de los recursos. Primariamente, se lesiona la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia, o bien, la confianza en ella. Recién en un paso posterior, que consiste en la superación de esta lesión mediante –por ejemplo, la apertura de un nuevo proceso judicial– donde surge el mayor gasto de recursos, o, lo que es lo mismo, recién con este segundo paso, deviene en inútil el uso de recursos en juicio previo.

Que aquí sólo es relevante, como afectación de bien jurídico, la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia también se comprueba por el hecho de que una afectación de bienes jurídicos no puede depender exclusivamente de su descubrimiento. Aun cuando el falso testimonio o la prevaricación no sean descubiertos se ve afectada la capacidad de función de la administración de justicia, pero no tiene lugar un mayor uso de recursos.

En consecuencia, sólo quedan como delitos contra los recursos aquellos en los cuales el efecto lesivo primordial consiste en un aprovechamiento inútil de recursos de la administración de justicia por externos. Estos delitos son dos: la falsa inculpación y la simulación de delito.

(i) Imputación falsa (§ 164 StGB)

Esta disposición tiene también por finalidad impedir el uso inútil de la administración de justicia, ya que, a consecuencia de una falsa imputación, la actividad de prosecución se dirige en una dirección equivocada y, con ello, se ve apartada de poner sus fuerzas exclusivamente a la consecución de las tareas que la ley le ha impuesto.

Con ello no se amenaza necesariamente la efectividad de la prosecución penal en el caso concreto pero sí se la amenaza, en cambio, en su generalidad. El potencial que ha sido sustraído del universo de posibles medidas de investigación concebibles ya no se encuentra a disposición de las instituciones encargadas de la prosecución para otros casos, lo que hace descender la calidad de la actividad estatal de prosecución penal, ya que los recursos son escasos y no pueden ampliarse discrecionalmente.

La falsa imputación puede ser, por lo tanto, adscrita también a la categoría de los delitos contra recursos cometidos por externos, pese a tener un claro componente de afeción a la confianza en la administración de justicia.⁴⁹

(ii) Simulación de delito (§ 145-d StGB)

El primer inciso de esta disposición sirve como tipo residual para las constelaciones no comprendidas en el primer inciso del § 164, ya sea porque el hecho no se

⁴⁹ Sobre las propuestas de bien jurídico, véase nota 26.

dirige contra una persona determinada o porque no se lo ha cometido con el propósito de la adopción o perduración de medidas institucionales contra el falsamente imputado.

El tipo penal de la simulación de delito no tiene la finalidad de contrarrestar el abuso de la administración de justicia concretado en la persecución de un inocente. Ello se debe a que el § 145-d precisamente no requiere que el hecho se dirija contra una persona determinada. El auténtico fundamento de la punibilidad no se encuentra en la defectuosa orientación perseguida, sino en sus efectos sobre el potencial institucional de trabajo.⁵⁰

Dado que en el tipo de la simulación de delito no es relevante el propósito de persecución de un inocente, tampoco se da con ello un peligro de pérdida de confianza en la capacidad de función de la administración de justicia. Mientras que en los delitos de prevaricación y falso testimonio, así como en la falsa inculpación, se considera a la protección de la capacidad de trabajo solamente, como una condición necesaria para la formación de la confianza en el desarrollo de las respectivas actuaciones estatales, es únicamente este “remanente de bien jurídico” constituido por la protección de la capacidad institucional de trabajo lo que legitima el § 145-d.

La simulación de delito no debe incluirse, por lo tanto, tampoco en la categoría de los delitos de confianza, sino única y exclusivamente, en la de los delitos contra recursos consumibles.

Como se ha visto, el Código Penal chileno vigente sólo conoce la falsa imputación, en la forma de una denuncia o acusación calumniosa. La idea de la simulación de delito no es reconocida por el derecho penal chileno actualmente vigente.

4. Delitos contra recursos públicos cometidos por internos

Tal como se dijo en relación a la categoría de los delitos cometidos por externos y que afectan recursos de la administración de justicia, aquí deben ser también excluidos los casos de desperdicio meramente indirecto de los recursos. Así, por ejemplo, el mayor gasto ocasionado por las acciones de un juez corrupto o prevaricador, o por la persecución de un inocente, es simplemente la consecuencia indirecta de un ataque reconocido sobre la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia o la confianza en ella. Podrían ser comprendidos, sin embargo, en la categoría de delitos contra recursos cometidos por internos, aquellos casos en que los órganos de la administración de justicia desperdician directamente recursos, en la medida en que permanecen simplemente inactivos, esto es, no realizan su tarea o la postergan.

⁵⁰ Véase, por todos, ZOPFS, Jan, Comentarios al § 145 d StGB, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (Coordinadores), Münchener Kommentar zum StGB (2012), núm. marg. 2 ss.; HEFENDEHL, Roland, Kollektive ..., ob. cit., p. 327.

Sobre el bien jurídico protegido en el lavado de dinero, véase, por todos, KÜHL, Kristian, Comentarios al § 261 StGB, ob. cit., núm. marg. 1.

Tratándose de un juez, esto podría conducir a una prevaricación por omisión. En un proceso penal puede pensarse también en una obstrucción de la punición cometida por funcionario público (§ 258-a StGB).

Estos ejemplos ponen de manifiesto que cuando, mediante un comportamiento “despilfarrador” de los órganos de la administración de justicia, se cruza el umbral para la punibilidad –por ejemplo, en la prevaricación o la obstrucción de la punición por funcionario público– ha de abandonarse el ámbito de la protección de los recursos. Por lo tanto, en los casos de simple falta de actividad por parte de internos a la administración de justicia, sólo queda acudir a infracciones disciplinarias o a la comisión de delitos comunes, independientes de la administración de justicia, carentes de efecto externo.

Lo dicho es, en general, aplicable a la regulación del Código Penal chileno. Tampoco aquí se encuentran disposiciones que prohíban bajo pena primariamente el desperdicio de recursos, por ejemplo, mediante la mera inactividad. Cuando, por ejemplo, los arts. 224 y 225 CP sancionan, como caso especial de prevaricación, la negativa o retardo maliciosos de la administración de justicia o del auxilio o protección jurídica por parte de un juez o un fiscal judicial, lo que se encuentra afectado es, preponderante y primariamente, la confianza en la capacidad de función de la administración de justicia y no, o por lo menos sólo secundariamente, sus recursos.

A partir de lo expuesto, debe quedar claro que, de todos los delitos contra la administración de justicia, los más relevantes son los delitos de confianza cometidos por internos. En tanto las acciones contra el bien jurídico provengan de personas responsables de la institución, el componente de confianza se encuentra particularmente expuesto a peligros por varias razones. En primer lugar, porque las posibilidades para la institución de controlar a sus funcionarios son limitadas. Por otra parte, mientras en el ámbito de los delitos de falso testimonio o de cohecho la institución se encuentra expuesta a peligros especiales provenientes de terceros o a estímulos que no son característicos de ella (la posibilidad de solicitar o recibir dinero, por ejemplo), no es posible identificar explicaciones que compensen la desconfianza en el ámbito de la prevaricación del juez o funcionario o la extorsión de declaraciones. Aquí el funcionario cuenta simplemente como corrupto.

IV. LAS PROPUESTAS DE REFORMA AL DERECHO PENAL CHILENO CONTENIDAS EN EL ANTEPROYECTO DEL FORO PENAL (ANTFP)

1. Descripción general

Frente a la situación reseñada existente en el derecho chileno vigente, el AntFP suprime la separación sistemática entre delitos externos e internos y postula, en su lugar, un nuevo título específicamente dedicado a los “delitos contra la admi-

nistración de justicia” (Título XII). En dicho título, aparecen, en primer lugar, en su § 1 (prevaricación), los delitos internos contra la administración de justicia ya mencionados, en el que se incluye a jueces, fiscales judiciales y del Ministerio Público, así como a funcionarios administrativos como posibles autores (arts. 274-276 AntFP). Falta en este título, sin embargo, la prevaricación del abogado.

En el § 2 (encubrimiento, receptación y lavado de dinero) aparecen el favorecimiento y la obstrucción de la punición, así como la receptación y el lavado de dinero (arts. 278, 279 AntFP) como nuevos delitos introducidos en esta sección.

En el § 3 se encuentran, bajo el epígrafe de “obstrucción a la justicia”, dos tipos que corresponden a un caso especial de la obstrucción de la punición, que corresponde a la idea del AntFP del encubrimiento por favorecimiento de impunidad: uno cometido por externos (art. 280 AntFP) y otro por internos (art. 281 AntFP).

En el § 4 (imputación, denuncia y querrela calumniosa o falsa) se encuentran nuevos tipos de la falsa inculpación (arts. 282-284 AntFP) y de simulación de un hecho punible, esto es, delitos externos contra la administración de justicia.

El § 5 tiene por epígrafe “falso testimonio y perjurio”. Ambos supuestos comprenden como sujetos activos posibles a testigos, peritos, intérpretes y partes en un proceso administrativo, por lo que constituyen delitos externos contra la administración de justicia (arts. 285-288 AntFP).

Finalmente, el § 6 comprende los delitos de prevaricación del abogado (art. 289, 290 AntFP), que faltaban en el § 1.

En la actualidad, la discusión sobre este tema en la literatura chilena se encuentra en un punto muerto, debido al cambio de prioridades de gobierno actual. Las siguientes consideraciones, sin embargo, conservan su relevancia y es de esperar, que algún día vuelva a ser abordado.

2. Valoración de lege ferenda del derecho chileno

La idea de que la confianza en la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia y el uso adecuado de sus recursos públicos son intereses colectivos que tienen el peso y la densidad suficientes como para justificar la construcción de una categoría de la parte especial del derecho penal es correcta. La decisión sistemática del Foro Penal de agrupar a los tipos en un título especial se encuentra, por lo tanto, justificada y representa un avance respecto de la situación legal vigente en Alemania y en Chile.

Pero, más allá de la decisión sistemática general de agrupar a los delitos contra la administración de justicia en un título, la propuesta del AntFP hace necesario efectuar una serie de observaciones. Para ello, agruparé mis comentarios siguiendo la distinción ya reseñada entre delitos de confianza o delitos contra los recursos cometidos por internos o por externos.

*A) Delitos de confianza cometidos por externos en el AntFP**(i) Favorecimiento y obstrucción de la punición*

La regulación del AntFP confirma lo dicho acerca de la conveniencia de tipificar, como delito autónomo, el favorecimiento y la obstrucción de la punición, aunque se sigan denominando “encubrimiento”. Esta norma abarca tanto el favorecimiento real del autor del hecho previo, mediante el aseguramiento del provecho del hecho, como la obstrucción a la punición en general.

Sin embargo, la inclusión sistemática de la receptación y el lavado de dinero en este título resulta criticable.

Es cierto que estos delitos comparten con el favorecimiento y la obstrucción de justicia el carácter de delitos conexos con el ilícito de un hecho previo, y que, en ese sentido, profundizan el hecho punible anterior. Pero, en la receptación se protege el bien jurídico individual de la propiedad o el patrimonio, en la medida en que su sanción ha de contrarrestar la solidificación del estado antijurídico creado por el hecho previo mediante la colaboración con el autor de ese hecho (la así denominada “teoría de la perpetuación”). En contraste con esto, en el favorecimiento o encubrimiento por aprovechamiento, el rol principal no lo desempeña el aspecto de la perpetuación del injusto, sino, más bien, la frustración concreta de la restitución como tarea de la administración de justicia.

En el lavado de dinero el bien jurídico es muy discutido. Se considera como bienes jurídicos protegidos tanto la administración de justicia como el bien jurídico que corresponde al hecho previo, ya sea alternativa o acumulativamente, o, incluso, la seguridad interior del Estado. Un examen detallado de este punto excedería el marco de esta contribución.⁵¹

En todo caso, la tarea de asegurar la restitución en relación con el provecho obtenido mediante el hecho previo sólo es relevante como punto de partida para la protección de la administración de justicia, al igual que en el encubrimiento por aprovechamiento. La conexión con esta tarea en el lavado de dinero es, sin embargo, mucho más lejana y difusa. Aquí no se trata primariamente de la frustración de la restitución, sino del mero ocultamiento del origen de objetos patrimoniales, usualmente sin relación con el hecho previo. Por ello, puesto que no se encuentran protegidos ni la confianza en la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia ni tampoco sus recursos, en mi opinión –y en contra del epígrafe consagrado por el AntFP– los delitos de receptación y lavado de dinero no son adscribibles a los delitos contra la administración de justicia.

Otros casos de obstrucción de la punición mediante externos se encuentran en el delito de obstrucción de la justicia. Aquí son sancionadas la negativa injus-

⁵¹ Sobre el bien jurídico protegido en el lavado de dinero, véase, por todos, KÜHL, Kristian, Comentarios al § 261 StGB, ob. cit., núm. marg. 1.

tificada a declarar, la destrucción de pruebas y la formulación de declaraciones falsas, en tanto, no se trate de casos del delito de encubrimiento mantenido por el AntFP. Tal podría ser el caso cuando el autor no escape a la persecución a pesar de la realización de esos comportamientos. En Alemania, estos casos son abarcados por los delitos de favorecimiento y obstrucción a la punición, el equivalente al encubrimiento del AntFP, el que no exige un resultado de obstrucción, en el sentido de una frustración efectiva de la punición.

(ii) *Falso testimonio y perjurio*

En relación con los delitos de declaración cabe formular varias observaciones.

En primer lugar, es interesante constatar que en Chile no se considera que el círculo de autores de estos delitos deba abarcar al acusado en un proceso penal. Distinto es el caso, por ejemplo, en Estados Unidos, donde los delitos de declaración (Título 18, §§ 1621, 1623) no se restringen a testigos o peritos, sino que incluyen a cualquiera que haya prestado juramento o una promesa equivalente. La inclusión del imputado en un proceso penal en estos delitos sería, sin embargo, incompatible con los principios fundamentales del proceso penal alemán⁵². Entiendo que esa es también la razón de su exclusión en el derecho procesal chileno.

En cambio, un vacío importante en el Código Penal y en el AntFP se encuentra en la ausencia de una disposición que penalice la inducción al falso testimonio. Como ya se dijo, tanto en Alemania como en Estados Unidos existe tal norma. Se trata de un caso de autoría mediata que requiere una disposición especial, porque el falso testimonio es de un delito de propia mano, que, en lo esencial, no puede ser cometido “mediante otro”. En lugar de esa regla, permanece en el AntFP la actual punibilidad de la presentación de testigos o pruebas falsas. Aquí cabe plantear la pregunta relativa a la legitimidad de semejante norma. El llamado de un testigo a solicitud del acusado, por ejemplo, constituye una medida procesal válida. Si este testigo efectúa una declaración falsa, ello cae dentro del ámbito de responsabilidad del testigo que actúa por sí mismo. El conocimiento que tenga el acusado sobre la falsedad de la declaración, posiblemente desde un principio, no altera esta separación de responsabilidades.

En contraste con la inducción a una declaración falsa efectuada de buena fe, este testigo no puede ser considerado como un instrumento del acusado. Tampoco es posible construir convincentemente un deber de garante del acusado de intervenir durante o después de la falsa declaración del testigo.

⁵² En Alemania, el imputado no sólo puede callarse (§ 136 Abs. 2 S. 2 StPO), sino que además puede mentir impunemente.

Por otro lado, también resulta criticable la punición de las declaraciones falsas ante funcionarios públicos en el contexto de un procedimiento administrativo. Tanto el Código Penal como el Anteproyecto sancionan las declaraciones falsas en el marco de un procedimiento administrativo. Estos no son delitos contra la administración de justicia. En un procedimiento que no sea contradictorio –por ejemplo, para obtener un permiso de construcción– no se encuentra involucrada la aplicación del derecho por un tribunal ni las acciones relacionadas con ello. Distinto es el caso, cuando se trata de una falsa inculpación o de una simulación de delito, aunque en ambas situaciones la denuncia falsa a la policía se desenvuelva igualmente en el ámbito del Ejecutivo. El sentido y fin de esa denuncia se orienta a la incoación de un proceso judicial o al menos prejudicial.

(iii) Falsa inculpación

La regulación del AntFP de la falsa inculpación demuestra la necesidad de modificar el derecho actualmente vigente, en el sentido de no exigir una acusación calumniosa sino simplemente una falsa acusación. Con esta modificación desaparecen las dudas acerca de su condición de delito contra la confianza que antes se expuso en relación con el derecho chileno actualmente vigente.

B. Delitos de confianza cometidos por internos

(i) Prevaricación de funcionarios

La conveniencia de sustituir la regulación casuística de la prevaricación, propia del Código Penal chileno, por una disposición general queda demostrada también en el AntFP.

Esta norma también prescinde de la imputación subjetiva a negligencia o ignorancia inexcusables. Esto es un avance. La legitimidad de la sanción de la prevaricación no dolosa resulta más que discutible. Un actuar negligente o ignorante es poco idóneo para erosionar la confianza en la capacidad de función de la administración de justicia. A eso se agrega que semejantes disposiciones conducen en la práctica, o bien a una administración de justicia inefectiva o inhibida por el temor a la posible punibilidad, o bien, a que esas disposiciones en la realidad raramente o incluso nunca sean aplicadas. En ambos casos, se trata de un estado de cosas contraproducente para la vigencia y aceptación del derecho penal.

No obstante, la formulación propuesta por el AntFP –el que requiere que el juez “ ejerza torcidamente la administración de la justicia, dictando una resolución o sentencia manifiestamente injusta”– es digna de reparo, ya que deja a la interpretación un ámbito cuya amplitud es criticable tratándose de un tipo penal. La regulación alemana, por cierto, tampoco es mucho mejor. Ella sanciona al juez que “se hace culpable de un torcimiento del derecho a favor o en contra de una parte”.

La determinación de las circunstancias en que se realiza el tipo es, en Alemania, una cuestión de una amplia discusión. Existen una teoría objetiva, que exige lesión objetiva del derecho vigente, una teoría subjetiva, que sólo considera relevante la convicción subjetiva del autor referida a una violación del derecho, y una teoría de la lesión del deber, que atiende a una lesión de los deberes relevantes, esto es, que considera como prevaricación no sólo la decisión irrazonable, sino también la decisión razonable pero basada en consideraciones ajenas al caso.

El tribunal federal combina estas teorías en su jurisprudencia dominante, formando una teoría restrictiva denominada “teoría de la gravedad”, conforme a la cual una prevaricación sólo concurre si el autor “se aleja del derecho conscientemente y de manera grave”. “Sólo la violación del derecho como infracción elemental contra la administración de justicia ha de ser sometido a pena”. La mera irrazonabilidad o la arbitrariedad objetiva de una decisión no serían, por sí mismas, suficientes para estimar realizado en tipo objetivo definido por la norma alemana.⁵³

Como ejemplo de lo anterior se cita el caso *Schill*. *Ronald Schill*, un juez de Hamburgo, había sido condenado por el delito de prevaricación, por el hecho de haber retrasado, por dos días, la reconducción –a la institución competente– de un recurso interpuesto que pretendía revocar una medida de tres días de arresto administrativo dictada por él. El tribunal federal, sin embargo, revocó la condena de instancia por prevaricación, sosteniendo que una infracción grave al derecho sólo concurre cuando se encuentre probado que, con su proceder, el juez ha actuado a favor o en contra de una parte, guiado por consideraciones ajenas al caso.⁵⁴

(ii) *Prevaricación del abogado*

La tipificación de la prevaricación del abogado también resulta criticable. El AntFP mantiene como delito contra la administración de justicia el caso del abogado que cause perjuicio al cliente con abuso de su posición. La prioridad de la protección de un bien jurídico individual del mandante es incompatible con la inclusión del delito dentro de esta categoría sistemática.

C) *Delitos contra los recursos cometidos por externos*

La ausencia de una disposición que sancione la simulación de delito es otro vacío importante del Código Penal que queda demostrado por el FP. Aquí se introduce como novedad en su artículo 283 la simulación de delito. Con ello, quedan abarca-

⁵³ Para un panorama sobre estas teorías, véase UEBELE, Martin, comentarios al § 339 StGB, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (Coordinadores), *Münchener Kommentar zum StGB*, Tomo 3, l. (2006), núm. marg., pp. 26 y ss.

⁵⁴ Sobre el caso Schill, véase SCHIEMANN, Anja, *Rechtsbeugung durch den Strafrichter – Der Fall Schill*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, (2002), pp. 112 y ss.

dos, desde ahora, los casos en que se simula la comisión de un hecho punible sin que al mismo tiempo se inculpe de él a una persona, como por ejemplo, cuando se declara desconocer al autor del falso hecho denunciado.

No obstante, conforme a la redacción de esta disposición, la simulación debe conducir a la incoación de un proceso por el Ministerio Público o, incluso, por el tribunal. Esta exigencia de resultado no es necesaria en la regulación alemana de la simulación de delito.

D) Delitos contra los recursos cometidos por internos

En el Anteproyecto no se encuentran disposiciones penales que quepa incluir en este grupo. Eso confirma lo dicho tantas veces. Prácticamente, a todo delito contra la administración de justicia cometido por interno es inmanente un necesario desperdicio de recursos. No obstante, el bien jurídico por ellos afectado es, primariamente, la confianza en la capacidad de función de la administración de justicia.

V. CONCLUSIONES

El análisis de las estructuras efectuado hasta el momento, nos ha permitido llevar a cabo una valoración del estado actual de la legislación chilena y de su propuesta de reforma. ¿Cuáles son las diferencias en comparación con la regulación alemana? ¿Dónde se han llenado vacíos? ¿Dónde aparece dudosa la legitimidad de una disposición?

1. Tal como se dijo más arriba, existen disposiciones entre los delitos contra la administración de justicia en el derecho chileno, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, que tras un análisis más exacto no encuentran su fundamento en la protección de la administración de justicia. Tal es el caso, en particular, de las declaraciones falsas en el contexto de un procedimiento administrativo, el perjuicio económico causado al mandante mediante abuso de la posición de abogado, la receptación y el lavado de dinero. Esto no significa que se trate de normas punitivas que no sean legítimas. Resulta, sin embargo, particularmente fuera de lugar que aparezcan bajo el epígrafe de “delitos contra la administración de justicia” en el AntFP.⁵⁵

⁵⁵ En el derecho comparado existen casos de delitos cuya legitimidad de punición resulta altamente dudosa, no obstante ser catalogables como delitos contra la administración de justicia. Este es el caso de las disposiciones norteamericanas sobre delitos de obstrucción a la justicia contenidas en los §§ 1501 y siguientes del título 18, capítulo 73 U.S. Code. Cabe destacar aquí quizás la punibilidad de las demostraciones o protestas delante de los edificios de tribunales (§ 1507). Con buenas razones se derogó en Alemania en el año 1999 una disposición comparable relativa a las barreras de protección establecidas en torno a ciertos edificios públicos (§ 106 a StGB).

2. Es necesario advertir una gran diferencia entre el derecho alemán y el derecho chileno, actualmente vigente, en relación con la prevaricación en sentido amplio. En los arts. 223 y 224 CP existen innumerables disposiciones, en parte muy específicas, cuyo ámbito material de alcance es mucho más extenso que el § 339 StGB, más aún, teniendo en cuenta su aplicación jurisprudencial restrictiva y “favorable al juez”. No obstante toda la (correcta) crítica que merezca esa jurisprudencia, la legitimidad de algunas disposiciones chilenas resulta más que dudosa, particularmente cuando se piensa en la mera negligencia o ignorancia del juez o el fiscal judicial. Esta diferencia entre el derecho alemán y el derecho chileno, se ve sustancialmente aminorada en la propuesta del AntFP. En ese sentido, se trata de una modificación digna de encomio. No obstante, cabe criticar que el AntFP mantenga la punibilidad de los funcionarios públicos que disponen una resolución manifiestamente injusta en un procedimiento administrativo.

3. También merece ser alabada la introducción en el AntFP de la disposición sobre la simulación de delito, con lo que se supera el vacío que representa la regulación del Código Penal relativa a la falsa imputación. Con ello, quedan abarcados desde ahora los casos en que se simula la comisión de un hecho punible sin que al mismo tiempo se inculpe de él a una persona, como por ejemplo, cuando se declara desconocer al autor del falso hecho denunciado.

4. Mientras que el Código Penal se caracteriza por una regulación muy específica y detallada, el AntFP se caracteriza por su tendencia a comprimir la regulación. Esto tiene ventajas y desventajas conocidas. Por una parte, amenaza el riesgo de lagunas legales; por la otra, el riesgo de una indeterminación de la ley que puede ser inconstitucional.

5. Como resumen general de estas consideraciones, puede decirse lo siguiente: Es evidente la legitimidad, en su núcleo, de los delitos contra la administración de justicia; ello, tanto en Chile como en Alemania. Quizás, por esta razón, hayan quedado, en alguna medida, fuera del ámbito más destacado de la discusión del derecho penal. Sin embargo, en atención a la función esencial para la sociedad, su significación práctica y la dificultad que revela su análisis, se debe lamentar dicho déficit.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA, Juan Domingo, “Aspectos generales de la prevaricación”, en *Revista Chilena de Derecho* 10 (1983).

ALEXY, Robert, Individuelle Rechte und kollektive Güter, en Weinberger (Coordinador), *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Aktuelle Probleme der Demokratie*, Viena (1989).

AMELUNG, Knut, El concepto “Bien Jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, en HEFENDEHL, Roland, *La teoría del Bien Jurídico* (Madrid, 2007).

- BUSTOS, Juan, Manual de derecho penal, Parte Especial (Barcelona, 1986).
- CRAMER, Steffen y PASCAL, Franck, Comentarios al § 258 StGB, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (Coordinadores), Münchener Kommentar zum StGB (2012).
- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial (Santiago, 1998).
- FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (München, 2012).
- FISCHER, Thomas, Comentarios a los §§ 331 y ss. StGB, en FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (München, 2012).
- FISCHER, Thomas, Comentarios al § 339 StGB, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (München, 2012).
- GARRIDO Montt, Mario, Derecho Penal, Parte Especial (Santiago, 2002).
- GRAUL, Eva, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht (Berlín, 1991).
- GRIBL, Kurt, Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten (Heidelberg, 1993).
- HASSEMER, Winfried y NEUMANN, Ulfried, Observaciones previas al § 1, Allgemeiner Teil, en Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (Baden-Baden, 2010).
- HEFENDEHL, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht (Köln, Berlin, Bonn, München, 2002).
- HEFENDEHL, Roland, La teoría del Bien Jurídico (Madrid, 2007).
- HEFENDEHL, Roland, ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2002). Disponible en Internet [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf].
- HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (Coordinadores), Die Rechtsgutstheorie, I (2003).
- HEINE, Günter, Comentarios al § 331 StGB, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst (Coordinadores), Strafgesetzbuch (München, 2010).
- HEINE, Günter, Comentarios al § 339 StGB, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst (Coordinadores), Strafgesetzbuch (München, 2010).
- KARGL, Walter, Vertrauen als Rechtsgutsbestandteil, en NEUMANN, Ulfried y PRITTWITZ, Cornelius (Coordinadores), Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht (Frankfurt am Main, 2007).
- KÜHL, Kristian, Comentarios al § 257 StGB, en LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, Kommentar Strafgesetzbuch (München, 2011).
- KÜHL, Kristian, Comentarios al § 261 StGB, en LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, Kommentar Strafgesetzbuch (München, 2011).

- KÜHL, Kristian, Comentarios al § 339 StGB, en LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, *Kommentar Strafgesetzbuch* (München, 2011).
- KÜHL, Kristian, Comentarios al § 356 StGB, en LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, *Kommentar Strafgesetzbuch* (München, 2011).
- KORIATH, Heinz, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* (1999).
- LENCKNER, Theodor y BOSCH, Nikolaus, Comentarios al § 164 StGB, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst (Coordinadores), *Strafgesetzbuch* (München, 2010).
- LUHMANN, Niklas, *Confianza* (Barcelona, 2005).
- LOOS, Fritz, Zum "Rechtsgut" der Bestechungsdelikte, en STRATENWERTH, KAUFMANN, GEILEN, HIRSCH, SCHREIBER, JAKOBS y LOOS (Coordinadores), *Festschrift für Hans Welzel* (Berlín, New York, 1974).
- LOOS, Fritz, Del "bien jurídico" en los delitos de cohecho, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 5 (2009).
- MEDINA JARA, Rodrigo, El delito de obstrucción a la justicia, en *Revista Gaceta Jurídica* (2001).
- MONTES, Leonidas, De la prevaricación de abogados y procuradores (Santiago, 1963).
- NEUMANN, Ulfrid y PRITTWITZ, Cornelius, *Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht* (Frankfurt am Main, 2007).
- NOMOS KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH, 3. Ed., Tomo 1 (Baden Baden, 2010).
- OLIVER, Guillermo, Aproximación al delito de cohecho, en *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, (2004).
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, 2004).
- RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición (Santiago, 2005).
- RÜDIGER, Christiane, Schutzinteresse und Deliktsstruktur der "Bestechungsdelikte" (§§ 331 ff. StGB), (Frankfurt a. M., 2007).
- SCHIEMANN, Anja, Rechtsbeugung durch den Strafrichter – Der Fall Schill, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, (2002).
- SCHÜNEMANN, Bernd, en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (Coordinadores), *Die Rechtsgutstheorie*, 1 (2003).
- STRATENWERTH, KAUFMANN, GEILEN, HIRSCH, SCHREIBER, JAKOBS UND LOOS (Coordinadores), *Festschrift für Hans Welzel* (Berlín, New York, 1974).

- STREE, Walter y HECKER, Bernd, Comentarios al § 257 StGB, en SCHÖNK, Adolf y SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch (München, 2010).
- STREE, Walter y HECKER, Bernd, Comentarios al § 258-a StGB, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch (München, 2010).
- UEBELE, Martin, comentarios al § 339 StGB, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (Coordinadores), Münchener Kommentar zum StGB, Tomo 3, 1. (2006).
- VALERIUS, Brian, Comentarios al § 343 StGB, en VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd (Coordinador), Beck'scher Online-Kommentar (2012).
- VOBEN, Nicole, Comentarios al § 343 StGB, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (Coordinadores), Münchener Kommentar zum StGB (2006).
- WITTECK, Lars y BANGE, Markus, Comentarios al § 345 StGB, en VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd (Coordinador), (Beck'scher Online-Kommentar, 2012).
- WOHLERS, Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte (Basilea, 2000).
- ZOPFS, Jan, Comentarios al § 145 d StGB, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (Coordinadores), Münchener Kommentar zum StGB (2012).