

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

**PROPUESTA DE REGULACIÓN
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**Javier Wilenmann von Bernath
Friburgo en Brisgovia, Mayo de 2013**

I. PROPUESTA DE ARTICULADO

Título X: Delitos contra la administración de justicia

§ 1 Prevaricación

Artículo A: El juez, árbitro, integrante de un tribunal colegiado o el funcionario público no perteneciente al poder judicial que, resolviendo con efecto definitivo un conflicto sometido legalmente a su conocimiento, dicte a sabiendas sentencia definitiva contraria a derecho, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos por un mínimo de 5 años y con una pena privativa de libertad de hasta 3 años.

Si se tratara de una sentencia contraria a derecho contra el imputado en causa criminal, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos por un mínimo de 10 años y con pena privativa de libertad de al menos 3 años y hasta 5 años.

Artículo B: El juez o integrante de un tribunal colegiado que, a sabiendas, retarde la dictación de una resolución judicial estando legalmente obligado a dictarla, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos de hasta 3 años y con pena privativa de libertad de hasta 3 años, siempre que la omisión o retardo implique dejar sin protección derechos fundamentales inmediatamente vinculados a la resolución en cuestión.

La misma pena se impondrá al juez, árbitro, integrante de un tribunal colegiado o al funcionario público no perteneciente al poder judicial que deba resolver con efecto definitivo un conflicto sometido legalmente a su conocimiento, que, a sabiendas dicte una resolución contraria a derecho con entidad suficiente para afectar directamente la correcta resolución del caso.

§ 2 De la obstrucción a la justicia

Artículo C: El funcionario público que tenga facultades de investigación o persecución de responsabilidad penal que omita cumplir con el deber de investigar o perseguir la responsabilidad de un delito, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos por un mínimo de 5 años y con pena privativa de libertad de hasta 3 años.

Artículo D: El funcionario público que tenga facultades de investigación o persecución de responsabilidad y que a sabiendas persiga a un inocente, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos por un mínimo de 10 años y con pena privativa de libertad de hasta 5 años.

Son considerados siempre actos de persecución:

- a) La formalización de una investigación;
- b) La práctica de diligencias de investigación que requieran de autorización judicial o formalización de la investigación; y
- c) La detención, la expedición de una orden de detención y la solicitud de autorización para practicar la detención.

Artículo E: El que, mediante violencia o intimidación, constriña a un testigo, perito, intérprete, u a otro partícipe de un proceso o de una investigación penal a realizar u omitir actuaciones, o determine la forma de la actuación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años.

Tratándose de funcionarios ligados a la actividad jurisdiccional, y de funcionarios públicos con facultades de investigación y persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos por un mínimo de 10 años y con pena privativa de libertad de hasta 5 años.

La responsabilidad penal por cometer abusos en el proceso o en la investigación penal no afecta la responsabilidad por la afectación de los intereses individuales de la víctima.

Artículo F: El que sin haber tenido participación en la comisión de un delito, tras su consumación impida total o parcialmente la persecución de los autores o partícipes de éste, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años. La circunstancia de que el encubridor sea funcionario público será considerada como calificante.

La circunstancia de que el autor sea pariente del responsable encubierto por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, será considerada como atenuante muy calificada.

La responsabilidad penal del encubridor no es accesoria a la responsabilidad penal por el delito encubierto.

Artículo G: El que denuncie la ocurrencia de delitos falsos, simule la comisión de un delito o la inminencia de su ocurrencia, o abuse de números telefónicos de emergencias, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o multa.

§ 3 Del quebrantamiento de condena

Artículo H: El condenado a una pena sustitutiva de la privación de libertad que incumpla su condena, será sancionado con privación de libertad de hasta 3 años, con independencia de la consecuencia que se siga por el quebrantamiento de condena.

El que auxilie a un condenado a pena privativa de libertad a quebrantar la condena, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años. La circunstancia de tratarse de un funcionario público vinculado a la ejecución de la pena será considerada una agravante muy calificada.

§ 4 Del falso testimonio, la presentación de pruebas falsas y la deslealtad del abogado

Artículo I: El testigo, perito o intérprete que en un proceso judicial falte a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con pena privativa de libertad hasta 5 años, si la declaración se produce en proceso penal contra el imputado o acusado, y con pena privativa de libertad de hasta 3 años, en todo otro proceso judicial. Tratándose de peritos o intérpretes, sufrirán además la pena de inhabilitación especial de su condición de perito o intérprete en juicio por un mínimo de 5 años.

La declaración, informe o traducción puede tener lugar no sólo ante un tribunal, sino también en aquellos casos en que la producción del acto comunicativo en cuestión ante otra autoridad cuente como declaración, informe o traducción.

Artículo J: Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior se castigará a quien presente como prueba documentos, objetos u otros medios de prueba falsos o adulterados, así como a quien induzca a un testigo a presentar falso testimonio.

Artículo K: El que cometa una de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, en un procedimiento no judicial cuyo objeto sea resolver conflictos de competencia de órganos administrativos con efecto definitivo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o multa.

Artículo L: La rectificación oportuna de la declaración o presentación de pruebas falsas constituye una atenuante muy calificada. En casos calificados, la rectificación oportuna exime de pena.

Rectificación oportuna es aquélla que tiene lugar en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada al ser resuelta la causa o tener lugar la decisión normativa a la que ella sirve. La rectificación es siempre inoportuna si tiene lugar

después de ser formalizado el autor por falso testimonio o presentación de pruebas falsas.

Artículo M: El que filtre el contenido de actuaciones procesales declaradas secretas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años.

Artículo N: El abogado que perjudique intencionalmente los intereses de su patrocinado o mandante judicial en un proceso, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años.

II. FUNDAMENTACIÓN GENERAL

1) Bosquejo de tipos en el derecho nacional y en el derecho comparado referidos a la categoría de delitos contra la administración de justicia

Los delitos contra la administración de justicia constituyen una categoría heterodoxa. Por una parte, buena parte de los tipos que tienden a considerarse parte de la categoría no sólo no son novedosos, sino que tienen una historia incluso más larga que varios tipos nucleares de la Parte Especial. El caso más evidente es el del falso testimonio. Pero también la prevaricación judicial, e incluso el encubrimiento – pese a su particular historia dogmática –, se refieren a normas de comportamiento constitutivas del derecho y cuya punibilidad no es, en sus ámbitos centrales, problemática. Por otra parte, incluso los tipos centrales de la categoría tienden a estar diseminados. Esto es particularmente cierto en las codificaciones del siglo XIX: la codificación alemana, por ejemplo, no contiene una categoría especial, teniendo los tipos que pueden ser cometidos por particulares (falso testimonio y encubrimiento ante todo) una ubicación *ad hoc*, y la prevaricación judicial una posición especial junto a los delitos funcionarios. Prácticamente todos los borradores de Código Penal que han sido elaborados durante el siglo XX en Alemania han pretendido cambiar esta situación. Como una reforma completa de la Parte Especial no ha tenido lugar, sólo los tipos mismos han sufrido modificaciones relevantes.

Más allá de las formas centrales de protección de la administración de justicia, los distintos códigos suelen contener tipos auxiliares que se relacionan con la categoría. Su inclusión en la categoría es sin embargo conflictiva por (i) problemas sistemáticos – el bien jurídico protegido parece ser ante todo otro –; o (ii) problemas de justificación sustantiva – la necesidad de la punibilidad no es tan evidente como en los tipos nucleares de la categoría–. Antes de fijar principios generales de sistematización y formulación de los tipos, es por ello crucial revisar las conductas que de una u otra forma se relacionan con la categoría. El bosquejo que sigue agrupa de forma didáctica los tipos distinguiendo tres categorías: - tipos no problemáticos ni sistemáticamente, ni en su justificación sustantiva (a); - tipos no problemáticos en su

justificación sustantiva, pero sí en su inclusión en la categoría (b); y - tipos problemáticos al menos en su justificación sustantiva (c).

a) Tipos clásicos y no reducibles a protección de otros bienes jurídicos (en particular, individuales)

i) Delitos de jueces: Prevaricación judicial, retardo y denegación de justicia

Chile: Artículos 223 CP y siguientes

Alemania: § 339 StGB

España: Artículos 446-449 CP

Anteproyecto Foro Penal: Artículos 274-276

ii) Delitos de declaración: falso testimonio y delitos vinculados

Chile: Artículos 206 y siguientes CP

Alemania: § 153 y siguientes StGB

España: Artículos 458 y siguientes CP

Anteproyecto Foro Penal: Artículos 285-288

iii) Delitos de obstrucción: encubrimiento, obstrucción a la justicia y delitos vinculados

Chile: Figura de la Parte General (encubrimiento); delitos muy específicos de obstrucción a la justicia en artículos 269 bis y ter CP

Alemania: § 257 StGB

España: Artículos 451-454 y 463-466 CP

Anteproyecto Foro Penal: Artículo 277 segunda alternativa y artículos 280-284

b) Tipos clásicos eventualmente reducibles a protección de otros bienes jurídicos

i) Favorecimiento (y caso especial de la receptación y del blanqueo de capitales)

Chile: Regulación de la receptación (456 bis A CP) y del lavado de activos (Ley 19.913). No regulación general del favorecimiento.

Alemania: § 258 y siguientes StGB

España: Artículo 451 número 1 CP y artículos 298-303 CP

Anteproyecto Foro Penal: Artículos 277-279

ii) Imputación calumniosa

Chile: Artículo 211 CP

Alemania: § 164 StGB

España: Artículo 456 CP

Anteproyecto Foro Penal: Artículos 282-284

iii) Delitos de abogados

Chile: Artículos 231-232 CP

Alemania: § 356 StGB

España: Artículos 465-467 CP

Anteproyecto Foro Penal: Artículos 289-290

c) Otros

i) Omisión del deber de persecución penal y persecución de inocentes; constreñimiento y extorsión a declaraciones y actuaciones procesales: delitos de fiscales

Chile: -

Alemania: § 343 (constreñimiento a la declaración) y § 344 (persecución de inocentes)

España: Artículo 407-408 CP (omisión de persecución)

Anteproyecto Foro Penal: -

ii) Ejecución de pena en inocentes: delitos de gendarmes

Chile: -

Alemania: § 345 StGB

España: -

Anteproyecto Foro Penal: -

iii) Incumplimiento de prohibiciones judiciales, en particular de información sobre juicios y persecuciones penales

Chile: -

Alemania: § 353 d StGB

España: Artículo 466 número 3 CP

Anteproyecto Foro Penal: -

iv) Abuso de denuncias (incluyendo engaño sobre ocurrencia de un delito) y peticiones de auxilio

Chile: -

Alemania: § 145 y 145 d StGB

España: Artículo 457 CP

Anteproyecto Foro Penal: -

v) Infracción de obligaciones de denuncia

Chile: -

Alemania: -

España: -

Anteproyecto Foro Penal: -

vi) Incumplimiento de condenas: fuga, incumplimiento de condena no constitutiva ni de multa, ni de privación de libertad (incluyendo prohibiciones de ejercicios de cargos)

Chile: Artículos 299-303 CP

Alemania: § 145a , 145c

España: Artículos 468-471 CP

Anteproyecto Foro Penal: -

La determinación de los tipos que deben ser incluidos en la categoría y de las condiciones en que ello debe tener lugar, no es, como puede verse, evidente. La heterogeneidad de la categoría hace necesario su problematización, para poder al menos presentarla con un mínimo de consistencia. En lo que sigue, como parte de la fundamentación general, se explicarán los presupuestos conceptuales de configuración de la categoría y las consecuencias que de ello se siguen en la determinación de los tipos a incluir en la categoría.

2) La administración de justicia como categoría de la Parte Especial; formas generales de afectación de la administración de justicia

Reducida a la fórmula tradicional de agrupación por consideraciones funcionales (bien jurídico), la administración de justicia constituye el conjunto de condiciones que cumplen la función específica de estabilizar expectativas normativas, y por lo mismo un presupuesto específico de la libertad general de acción. El cumplimiento de esta función es cuestión del Estado. Como tal, sólo los tipos funcionarios especiales, y particularmente los delitos de jueces, no tienen problemas en ser reconducidos a la categoría: la prevaricación es lesión directa de la administración de justicia.

En lo demás, los delitos contra la administración de justicia afectan presupuestos de su funcionamiento. Es decir, en tanto condición de posibilidad de la libertad, ésta se ve afectada cuando las condiciones de su producción son perturbadas. Problemático es la fundamentación de deberes generales de contribuir a la producción de prestación de la administración de justicia; como cuestión esencialmente centrada en quienes tienen deberes especiales, la fundamentación de deberes particulares sancionables con pena no es evidente.

La justificación de deberes positivos de particulares – aún cuando se trata de prohibiciones, los delitos contra la administración de justicia son esencialmente derivaciones de deberes positivos –, requiere de argumentos que justifiquen la construcción de un contexto especial de imposición de éstos. En el caso de la estabilización de expectativas normativas mediante la resolución de conflictos, dos son los contextos especiales en que la sociedad impone obligaciones generales de lealtad al menos pasiva con este bien.

El primer contexto en que se le imponen obligaciones especiales a la persona de lealtad fuera del ámbito de exclusión de la personalidad individual de otro, es el contexto especial de la persecución penal. La persecución penal es la manifestación del interés de la sociedad de expresar comunicativamente reproche a otro por la lesión de bienes esenciales, el que tiene una calidad expresiva suficiente para contrarrestar y superar la negación de esos bienes. La sociedad no les exige a todos colaborar activamente con la creación de este bien, o al menos no refuerza ese deber con penas en Chile, más allá de los casos excepcionales de denuncia obligatoria. Pero sí lo hace respecto de la obligación de no perturbar la persecución penal estatal, por su importancia central en la estabilización de las expectativas más relevante y, eventualmente, más frágiles. La persecución e investigación penal constituye un

contexto de imposición de deberes (esencialmente pasivos) de lealtad especiales.

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

Las dos categorías admiten ampliaciones auxiliares. Por una parte, la persecución penal admite extenderse a la expresión misma del reproche, con lo que no es conceptualmente errado considerar a los delitos cometidos con ocasión de la ejecución de la pena (ante todo: quebrantamientos) como delitos contra la administración de justicia. Es la misma prestación la que se afectada. Por otra parte, la protección del proceso como contexto de sinceridad admite ampliarse al menos marginalmente a la protección general de la eficacia del proceso. Esto permite que al menos dos tipos de conductas cuenten como delitos contra la administración de justicia: los delitos generales de abogados cometidos en el proceso, sobre todo teniendo en cuenta la consideración orgánica del abogado en el derecho chileno como “auxiliar de la administración de justicia”; y los delitos especiales de desobediencia idóneos para afectar la eficacia del proceso (ante todo, delitos de filtración).

La configuración del deber de lealtad con la persecución penal y con el proceso tiene algunas diferencias. En el caso del proceso, los deberes activos tienden a no contemplar otra sanción que la producción de su cumplimiento, con lo que los deberes

con relevancia penal son ante todo de deberes de abstención (esencialmente: abstención de producción de falsedad). En el caso de la persecución penal sucede algo similar, pero las formas en que la no abstención puede afectar a la “persecución penal” es mucho más variada: las múltiples recepciones de la obstrucción a la justicia demuestran esto. Con ello, la única forma de generar un criterio amplio de control de pertinencia, es considerando que se trata de protección de recursos escasos. El umbral mínimo de relevancia viene dado por conductas que al menos en abstracto, puedan tender a producir desperdicio los recursos escasos del aparato de persecución estatal. Las conductas más graves incluyen, por ello, elementos adicionales.

3) Sistematización

La propuesta ofrece una sistematización basada en la agrupación en los tres grandes ejes propuestos: (a) delitos de jueces como categoría especial, dada por la manifestación directa de la administración de justicia que implica su rol y, con ello, la lesión directa de ésta por incumplimiento de sus deberes al declarar derecho; (b) una gran categoría de delitos relacionados con la persecución penal, agrupados a su vez en relación con tres ejes (delitos de funcionarios; encubrimiento; obstrucción a la justicia); (c) una categoría de delitos procesales.

a) Delitos funcionarios: la prevaricación judicial

Los tipos que integren esta sub-categoría no son conflictivos. Fuera de la figura central de la prevaricación judicial en sentido estricto – dictación de sentencia incorrecta por parte de un juez ordinario en un proceso contencioso –, sólo hay dos cuestiones relevantes de las que hacerse cargo: - (i) infracción de deberes funcionalmente equivalentes (ampliación a árbitros, funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales y procesos no contenciosos); (ii) infracciones de deberes distintas a la dictación de una sentencia incorrecta (en particular: retardo y denegación de justicia).

b) Delitos cometidos en el contexto de la persecución penal

Al tratarse de la sub-categoría más heterogénea y con menos tradición de los delitos contra la administración de justicia, se trata de aquella en que es necesario tomar una mayor cantidad de decisiones de inclusión y exclusión de tipos.

i) Decisiones de exclusión

-La propuesta ha excluido todos los delitos de favorecimiento en sentido amplio, incluso el favorecimiento propiamente tal. Aunque la lealtad con el delito antes que con la administración de justicia puede tener alguna relación oblicua con los delitos contra la administración de justicia, su peso central recae en la perpetuación del delito en casos de delitos patrimoniales – y con ello contra intereses individuales. Por cierto, el favorecimiento propiamente tal puede no implicar perpetuación de infracción de derechos subjetivos. Pero precisamente por tratarse de una figura cuya familia sistemática es la receptación y el lavado de activos, la mejor forma de tratar los problemas concursales entre ellos es incluirlos en una categoría conjunta. Como la receptación y el lavado de activos no tienen ninguna relación relevante con la administración de justicia, se sugiere regularlos en otra categoría.

-La propuesta también ha excluido a la imputación falsa (calumniosa). Ello no quiere decir que deba considerársela un delito exclusivamente referido a intereses individuales: su mayor penalidad frente a la calumnia sólo puede explicarse por el peligro abstracto de dilapidación de recursos de la administración de justicia (persecución penal). Esa dimensión es, sin embargo, secundaria, lo que se ve demostrado ante todo por la mayor necesidad de solución de problemas sistemáticos en relación con la calumnia. Se sugiere, por ello, regular a la imputación falsa a propósito de los delitos contra el honor. Al hacerlo, es necesario decidir si también considerarla delito de acción penal privada. De ser así, el tipo debiera señalar que el no ejercicio de la acción penal privada no produce efectos en relación a la posibilidad de perseguir el ilícito como obstrucción a la justicia (artículo G).

ii) Decisiones de inclusión

- La propuesta se organiza en torno a cuatro categorías: deberes de funcionarios ligados a la persecución penal; encubrimiento; obstrucción a la justicia en sentido

amplio; y quebrantamientos en sentido amplio. En el primer caso, se trata sobre todo de la tipificación del deber de persecución. En el tercer caso, se agrupan todas las infracciones de deberes vinculados a la persecución penal que no sean reducibles a encubrimiento. Los delitos de quebrantamiento dependen en su configuración específica de las decisiones que se tomen sobre la regulación de las penas y de su ejecución. Se ha incluido, pese a ello, una propuesta distinguiendo entre quebrantamiento de pena privativa de libertad y penas no constitutivas ni de privación de libertad ni de multa (cuyo incumplimiento no es punible por existir formas distintas de exigencia).

c. Delitos cometidos en el contexto específico del proceso

Los dos tipos centrales de afectación al proceso son el falso testimonio y la presentación de pruebas falsas. Por consideración del abogado (en el proceso) como auxiliar de la administración de justicia, los delitos de abogados pueden ser incluidos en la categoría. Las decisiones legislativas que deben tomarse respecto a las dos primeras sub-categorías son limitadas. La decisión más relevante se da en el caso de los abogados.

i) Falso testimonio.

Pese a tratarse del delito probablemente más tradicional de toda la categoría, el falso testimonio presenta algunos problemas legislativos relevantes.

-Existencia de calificación por alguna forma de refuerzo cognitivo de la declaración (ante todo, juramento y equivalente funcionales). La propuesta opta por una solución unificada sin calificación por refuerzo.

- Ámbito de aplicación de la obligación de no mentir. Al igual que en el caso de la prevaricación, el caso sencillo es el del testigo en juicio contencioso. La extensión a peritos e intérpretes es casi unánimemente aceptada en el derecho comparado. Las decisiones más complejas se dan, por ello, sobre la extensión del contexto en que la obligación es penalmente relevante: más allá del proceso mismo, frente al juez, cuestiones tales como consulados, notarios, comisiones parlamentarias de

investigación, pueden ser problemáticas. La propuesta opta por una regulación más bien indiferenciada.

- Calificación en casos de peligro abstracto para intereses individuales (en particular, libertad por declaración falsa contra un imputado en materia penal). La propuesta incluye una calificación de este tipo.

- Tratamiento de la presentación del testigo falso. Para evitar los problemas dogmáticos que supone la tematización de la presentación intencional de un testigo falso como problema de autoría y participación, la propuesta sugiere tratarlo como un caso de presentación de prueba falsa.

ii) Presentación de pruebas falsas.

La propuesta asimila el caso de la presentación de testigos falsos a los casos de presentación de documentos falsos. El problema central que queda, con ello, sin resolver, es el problema concursal con la producción del documento falso. La propuesta no lo tematiza, con lo que considera que hay concurso real. En caso de incluirse un tipo de utilización general de documento falso, es evidente que hay concurso aparente.

iii) Delitos de abogados

Las formas posibles de tratamiento de los delitos de abogados son múltiples. La propuesta considera la posición del abogado como calificante en los dos otros casos de delitos procesales y sólo incluye un tipo general autónomo de defraudación de intereses.

III. FUNDAMENTACIÓN PARTICULAR

1) Delitos de jueces

Artículo A: El juez, árbitro, integrante de un tribunal colegiado o el funcionario público no perteneciente al poder judicial que, resolviendo con efecto definitivo un conflicto sometido legalmente a su conocimiento, dicte a sabiendas sentencia

definitiva contraria a derecho, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos por un mínimo de 5 años y con una pena privativa de libertad de hasta 3 años.

Si se tratara de una sentencia contraria a derecho contra el imputado en causa criminal, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos por un mínimo de 10 años y con pena privativa de libertad de al menos 3 años y hasta 5 años.

Artículo B: El juez o integrante de un tribunal colegiado que, a sabiendas, retarde la dictación de una resolución judicial estando legalmente obligado a dictarla, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos de hasta 3 años y con pena privativa de libertad de hasta 3 años, siempre que la omisión o retardo implique dejar sin protección derechos fundamentales inmediatamente vinculados a la resolución en cuestión.

La misma pena se impondrá al juez, árbitro, integrante de un tribunal colegiado o al funcionario público no perteneciente al poder judicial que deba resolver con efecto definitivo un conflicto sometido legalmente a su conocimiento, que, a sabiendas dicte una resolución contraria a derecho con entidad suficiente para afectar directamente la correcta resolución del caso.

El delito de prevaricación judicial tiene un contenido de injusto esencialmente indeterminado. Los distintos ordenamientos jurídicos describen de distinta forma la conducta que lo determina: “fallar contra ley expresa y vigente” (Código Penal vigente); “dictar sentencia injusta” (Anteproyecto); “lesionar el derecho” (Código Penal alemán). Todas las descripciones pretenden concretar algo difícilmente describable como es resolver incorrectamente. Para evitar limitaciones innecesarias (ley *expresa* hace parecer que sólo se puede prevaricar en casos fáciles) o vínculos innecesarios con criterios morales (sentencia *injusta*), la propuesta sugiere describir el contenido de injusto simplemente con la expresión “contrario a derecho”. Ello ciertamente no resuelve los problemas que presenta la prevaricación en casos difíciles, pero esos problemas no pueden ser solucionados legislativamente.

Además del caso central de la prevaricación, consistente en resolver incorrectamente *el caso*, la propuesta extiende el contenido de injusto a dos tipos más de conductas: - resoluciones intermedias, cuando ellas mismas tengan entidad de afectar la posibilidad de resolver correctamente el caso; y la omisión/retardo en la resolución. Los casos de denegación y retardo de justicia, sumamente poco claros en el derecho vigente, son limitados a aquellos casos en que el otorgamiento debido de “justicia” – es decir la actuación jurisdiccional – tiene por objeto prestar protección a derechos fundamentales. Ello impide que la denegación y retardo de justicia se sobre-extienda.

Para evitar limitaciones injustificables, la propuesta define al sujeto activo en relación a quienes funcionalmente (y no sólo orgánicamente) ejerzan jurisdicción. Con ello se resuelve el problema de inclusión de árbitros – que en cualquier caso debiera resolverse afirmativamente – y de funcionarios administrativos con potestades jurisdiccionales – el que bajo definición orgánica debiera resolverse negativamente –.

2) Delitos de fiscales y policías

Artículo C: El funcionario público que tenga facultades de investigación o persecución de responsabilidad penal que omita cumplir con el deber de investigar o perseguir la responsabilidad de un delito, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos por un mínimo de 5 años y con pena privativa de libertad de hasta 3 años.

Artículo D: El funcionario público que tenga facultades de investigación o persecución de responsabilidad y que a sabiendas persiga a un inocente, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos por un mínimo de 10 años y con pena privativa de libertad de hasta 5 años.

Son considerados siempre actos de persecución:

a) La formalización de una investigación;

b) La práctica de diligencias de investigación que requieran de autorización judicial o formalización de la investigación; y

c) La detención, la expedición de una orden de detención y la solicitud de autorización para practicar la detención.

Artículo E: El que, mediante violencia o intimidación, constriña a un testigo, perito, intérprete, u a otro partícipe de un proceso penal o de una investigación penal a realizar u omitir actuaciones, o determine la forma de la actuación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años.

Tratándose de funcionarios ligados a la actividad jurisdiccional, y de funcionarios públicos con facultades de investigación y persecución penal, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos y oficios públicos por un mínimo de 10 años y con pena privativa de libertad de hasta 5 años.

La responsabilidad penal por cometer abusos en el proceso penal o en la investigación penal no afecta la responsabilidad por la afectación de los intereses individuales de la víctima.

Los artículos C y D consagran delitos especiales de fiscales, policías y otros encargados de la persecución penal. Las conductas punibles consisten, por una parte, en no perseguir (intencionalmente) la responsabilidad por un delito y en perseguir (intencionalmente) la responsabilidad de quien se sabe es inocente. En ambos casos hay incumplimientos de deberes especiales vinculados con la producción del bien “persecución penal” – por no producción de la prestación en el primer caso y por dilapidación de recursos/instrumentalización en el segundo –, pero el peligro de afectación directa de derechos fundamentales del inocente imputado le otorga mayor disvalor a la segunda conducta. La diferencia de pena pretende expresar esto.

En la configuración de estos tipos, hay dos cuestiones adicionales que son relevantes. Al tratarse de delitos especiales, la determinación del sujeto activo es relevante. La redacción pretende dar cuenta de su reducción a quienes tengan potestades relacionados con la persecución penal. Por otra parte, la determinación de lo que cuenta como “persecución” para efectos del tipo de persecución de inocentes, también es determinante. Aunque es posible dejar la cuestión abierta a complementación

jurisprudencial y dogmática, la propuesta ha preferido entregar criterios formales no excluyentes de determinación de la conducta típica.

El artículo E, relativo a abusos en la persecución penal, parece ciertamente tener una posición sistemática anómala. En tanto delito de abuso, su posición sistemática natural parece ser la de delito contra el interés afectado calificado por la posición del funcionario público. Ello no es, sin embargo, lo que se encuentra detrás del artículo E. Precisamente para dejar clara esa cuestión sistemática y el contenido de injusto del tipo, es que se especifica que la responsabilidad penal por afectación de intereses individuales es independiente. Aquí de lo que se trata es del peligro que supone la conducta para la correcta resolución del caso. Como tal, su contenido de injusto es asimilable al de los delitos procesales. Por ser posible que la conducta tenga lugar durante la investigación, se ha preferido tipificarla aquí, estableciendo que también es aplicable a procesos.

3) El encubrimiento

Artículo F: El que sin haber tenido participación en la comisión de un delito, tras su consumación impida total o parcialmente la persecución de los autores o partícipes de éste, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años. La circunstancia de que el encubridor sea funcionario público será considerada como calificante.

La circunstancia de que el autor sea pariente del responsable encubierto por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, será considerada como eximente de pena.

La responsabilidad penal del encubridor no es accesoria a la responsabilidad penal por el delito encubierto.

La propuesta asume la necesidad de tipificar al encubrimiento como figura de la Parte Especial y, en particular, como forma general de obstrucción a la justicia. En el derecho comparado, es prácticamente unánime el tránsito del encubrimiento desde

figura decimonónica de la Parte General hacia su consideración actual como figura de la Parte Especial.

Al igual que en el derecho alemán, la propuesta ha configurado al encubrimiento como un delito de resultado. Es decir, el injusto no se satisface exclusivamente con la producción de una acción típica, sino que requiere un resultado de impedimento (en alemán: Vereitelungserfolg). Para evitar problemas en relación con el principio de legalidad, también se ha optado por especificar que el resultado de impedimento no implica el fracaso de la persecución (impedimento total), sino que el impedimento de realizar actuaciones concretas o de obtener pruebas concretas (es decir, impedimento parcial) es suficiente para la consumación.

La propuesta incluye dos reglas auxiliares. Al igual que en el derecho comparado, el parentesco con el favorecido por la acción de impedimento es considerado una eximente. Asimismo, se ha especificado la independencia absoluta de la responsabilidad penal por encubrimiento respecto al delito encubierto: la extinción de la responsabilidad penal o incluso su inexistencia no son condiciones de punibilidad, precisamente por no tratarse de una figura de la Parte General, sino de un delito contra la administración de justicia.

4) Abuso de recursos ligados a la persecución penal

Artículo G: El que denuncie la ocurrencia de delitos falsos, simule la comisión de un delito o la inminencia de su ocurrencia, o abuse de números telefónicos de emergencias, será castigado con pena privativa del libertad de hasta 3 años o multa.

El artículo G agrupa distintas conductas, usualmente tipificadas de forma separada en el derecho comparado, cuyo objeto específico de protección es común: los abusos por malgasto de recursos policiales y relativos a la persecución penal. En el derecho alemán, por ejemplo, la simulación de delitos se encuentra consagrada en el § 145 d StGB, mientras que el § 145 tipifica distintas formas de abuso de números de emergencia y medios policiales. La propuesta ha unificado ambos tipos en un solo artículo y ha agregado un delito general de denuncia falsa, relevante sobre todo en aquellos casos en que la imputación falsa no es perseguible sea por no existir

imputado, sea por el no ejercicio de la acción por parte del imputado (de configurársela como delito de acción penal privada).

4) Quebrantamiento de condena

Artículo H: El condenado a una pena sustitutiva de la privación de libertad que incumpla su condena, será sancionado con privación de libertad de hasta 3 años, con independencia de la consecuencia que se siga por el quebrantamiento de condena.

El que auxilie a un condenado a pena privativa de libertad a quebrantar la condena, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años. La circunstancia de tratarse de un funcionario público vinculado a la ejecución de la pena será considerada una agravante muy calificada.

El artículo H también pretende unificar los distintos tipos de fuga y quebrantamientos de condena que pueden encontrarse en el derecho nacional y comparado. La propuesta asume tres premisas: -el incumplimiento de penas privativas de libertad (fuga) y el no pago de multa por parte del condenado no son punibles; -el auxilio a la fuga constituye un tipo independiente pese a la no punibilidad de la fuga (en eso, tiene una estructura llamativamente similar a la de la relación entre suicidio y auxilio al suicidio en el derecho vigente); -el incumplimiento de otras penas tiene que ser castigado de alguna forma. Las dos primeras premisas no dependen de la configuración que haga la Comisión de las penas: en cualquier caso existirá la pena privativa de libertad y la multa. Aunque pueda discutirse el fundamento del no castigo de la fuga del propio condenado, ya que implica sostener una especie de derecho a la fuga, al menos la función que ella pueda cumplir es difícil de reconocer. Por supuesto, retributivamente se puede sostener la necesidad de manifestar la existencia de la obligación de cumplir la pena. Pero sostener que ella tiene que manifestarse con otra pena desconoce el hecho que la coacción misma que implica la privación de libertad es, en sí, afirmación de su obligatoriedad. Distinto es el caso del externo: la obligación de lealtad no tiene ninguna expresión distinta a su punición.

La propuesta también establece el castigo con pena privativa de libertad de los casos de quebrantamiento de otras penas (aquí llamadas, tal vez incorrectamente,

sustitutivas de la privación de libertad). La regla puede parecer superflua si el quebrantamiento ya tiene una consecuencia prevista en la Parte General (típicamente: sustitución por pena privativa de libertad). Que sea o no superflua depende, sin embargo, de esa configuración, lo que me imposible saber por ahora.

5) Falso testimonio y presentación de pruebas falsas

Artículo I: El testigo, perito o intérprete que en un proceso judicial falte a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con pena privativa de libertad hasta 5 años, si la declaración se produce en proceso penal contra el imputado o acusado, y con pena privativa de libertad de hasta 3 años, en todo otro proceso judicial. Tratándose de peritos o intérpretes, sufrirán además la pena de inhabilitación especial de su condición de perito o intérprete en juicio por un mínimo de 5 años.

La declaración, informe o traducción puede tener lugar no sólo ante un tribunal, sino también en aquellos casos en que la producción del acto comunicativo en cuestión ante otra autoridad cuente como declaración, informe o traducción para los efectos de un proceso.

Artículo J: Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior se castigará a quien presente como prueba documentos, objetos u otros medios de prueba falsos o adulterados, así como a quien induzca a un testigo a presentar falso testimonio.

Artículo K: El que cometa una de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, en un procedimiento no judicial cuyo objeto sea resolver conflictos de competencia de órganos administrativos con efecto definitivo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o multa.

Artículo L: La rectificación oportuna de la declaración o presentación de pruebas falsas constituye una atenuante muy calificada. En casos calificados, la rectificación oportuna exime de pena.

Rectificación oportuna es aquella que tiene lugar en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada al ser resuelta la causa o tener lugar la decisión normativa a la que ella sirve. La rectificación es siempre inoportuna si tiene lugar después de ser formalizado el autor por falso testimonio o presentación de pruebas falsas.

La propuesta de regulación del falso testimonio y de la presentación de pruebas falsas expresa básicamente cinco decisiones:

- i) Considerar al falso testimonio, ante todo, delito contra la administración de justicia (contra la teoría de la fe pública, la teoría de la infracción religiosa – y eliminado con ello el perjurio –, y la teoría de la afectación de intereses individuales) – ello explica su ubicación sistemática y la equiparación entre falso testimonio y presentación de pruebas falsas;
- ii) Aumentar la pena en caso de constituir peligro para la afectación de intereses personalísimos (libertad, ante todo);
- iii) Incluir una cláusula de tratamiento de la participación en el falso testimonio y en la presentación de pruebas falsas, relevante sobre todo porque ambos tienden a tener lugar para favorecer a una parte;
- iv) Equiparar en su penalidad la conducta de infracción de deberes del testigo, perito e intérprete; y
- v) Entregar un criterio general de determinación de las condiciones bajo las cuales el deber se configura.

Además de algunas reglas auxiliares que típicamente pueden encontrarse a propósito de la regulación del falso testimonio, la propuesta presenta redacciones indeterminadas de las conductas típicas de ambas figuras. Ello no puede ser de otra forma. Tratar legislativamente las llamadas teorías de la verdad en el falso testimonio,

así como el problema vinculado de cuál es el objeto de comparación de la declaración/prueba (percepción, realidad, recuerdo), no es posible. La fórmula faltar a la verdad es simplemente expresiva del deber correspondiente a cada rol procesal: no declarar mentiras en el caso del falso testimonio; traducir correctamente en el caso del intérprete; y dar lealmente la opinión que corresponde en el caso del perito.

6) Otros delitos procesales

Artículo M: El que filtre el contenido de actuaciones procesales declaradas secretas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años.

Artículo N: El abogado que perjudique intencionalmente los intereses de su patrocinado o mandante judicial en un proceso, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años.

Los artículos M y N completan el sistema de delitos procesales. En el caso del artículo M, su contenido de injusto es particularmente determinado. Existen, por cierto, otras formas de actuaciones nocivas en el proceso sin ser formas de producción de prueba falsa. La limitación a la filtración se explica, ante todo, por tradición: se trata de la conducta que tiende a ser reconocida en el derecho comparado por la dificultad de controlarla de otra forma. Es posible también reconocer deberes especiales de no dilación (particularmente en casos en que existe un imputado privado de libertad). La propuesta no contempla figuras de esta clase por la excesiva especificidad que supone.

El artículo N limita las conductas típicas actualmente contenidas en los artículos 231 y 232 CP. De las tres conductas actualmente tipificadas como prevaricación del abogado (perjuicio de intereses, descubrimiento de secretos y doble patrocinio), sólo la primera ha sido mantenida en la propuesta. Ello tiene lugar por una razón sistemática: los delitos de revelación de secretos debieran ser incluidos en otra categoría relativa a intereses individuales. En el caso del doble patrocinio, las normas procesales de incompatibilidad debieran ser suficientes. De producirse perjuicio, en cualquier caso se encuentra cubierto por la propuesta.