

ASPECTOS GENERALES DE LA PREVARICACION

*Juan Domingo Acosta Sánchez**

1. DEFINICIÓN

El Código Penal chileno no ha definido el término prevaricación. De allí que su concepto ha de obtenerse del análisis de las disposiciones legales y constitucionales vigentes y del sentido natural y obvio de la palabra.

Corrientemente se relaciona este vocablo con las actuaciones de miembros del Poder Judicial; así parecía entenderlo la Constitución Política de 1925, que se refería a la Prevaricación en el capítulo destinado al Poder Judicial, con las expresiones: "toda prevaricación o torcida administración de justicia" (art. 84). La actual Constitución mantiene esta tendencia, pero ha modificado en parte la redacción del artículo. Mientras la Carta de 1925 parecía establecer una cierta sinonimia entre la prevaricación y la torcida administración de justicia, el art. 76 de la Constitución de 1980, parece entender que la torcida administración de justicia, así como el cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento y la denegación de justicia, son especies del género prevaricación.

Sin embargo, el legislador penal no ha sido tan restrictivo al reglamentar este delito ya que admite su comisión por sujetos activos distintos de los funcionarios judiciales, v. gr., empleados

públicos no pertenecientes al orden judicial (art. 228), o abogados y procuradores (arts. 231 y 232).

En todo caso, un primer examen de las descripciones típicas del párrafo 4º del Título V del C. Penal, nos permite apreciar que todas estas figuras envuelven un grave quebrantamiento de los deberes que impone el cargo que se desempeña o determinadas actividades ligadas a la función judicial.

Etimológicamente, prevaricar significa abrirse de piernas, caminar con paso torcido, o ir por mal camino. La palabra es de origen latino y viene de: "prae: delante, y varicare: abrir las piernas, derivado de varus: patituerto, esto es, caminar con paso torcido, no ir por buen camino".¹

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra prevaricar en los siguientes términos: "Delinquir de los funcionarios públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia".

A pesar de la dificultad que significa encontrar una definición que sea capaz de sintetizar los elementos envueltos en el concepto de prevaricación, los autores han procurado describirlos. A título ejemplar, reproduciremos algunas de esas definiciones:

Joaquín Escriche, en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurispru-

* Primera parte del Trabajo de Investigación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Chile, titulado "El delito de prevaricación propiamente tal. Estudio dogmático de las figuras de los arts. 223 N° 1, 224 N° 1 y 225 N° 1 del C. Penal". Dicho trabajo fue calificado con distinción máxima.

† Pedro Felipe Monlau: "Diccionario etimológico de la lengua castellana"; citado por Leonidas Montes Olavarrieta: "De la Prevaricación de abogados y procuradores", p. 15.

dencia, define prevaricar como la "falta a las obligaciones del oficio, quebrantando la palabra, fe, religión o juramento". Es un concepto amplio que escapa, incluso, del ámbito penal. Don J. Raimundo del Río da un concepto muy semejante².

Gustavo Labatut la define como la "falta dolosa o culpable a los deberes que impone el ejercicio de un cargo o profesión"³.

Por su parte, para Eugenio Cuello Calón, la prevaricación consiste en "faltar maliciosamente a los deberes que impone el ejercicio de un cargo o profesión"⁴. Esta definición tiene el defecto de excluir los casos de prevaricación culposa.

José María Rodríguez Devesa dice que consiste en "dictar una resolución contraria a la que requieren los asuntos en que el funcionario público, y por extensión abogados y procuradores, intervienen por razón de su cargo"⁵.

Alfredo Etcheberry, teniendo como base una definición proporcionada por ANTON Y RODRÍGUEZ, define a la prevaricación como "la grave infracción del deber de aplicar la ley, cometida por las personas especialmente obligadas a ello"⁶. El defecto de que adolece este concepto es su excesiva restricción ya que no comprende a los sujetos activos que no son funcionarios judiciales y, por ello, no están llamados a aplicar la ley.

Personalmente, nos inclinamos por la definición proporcionada por Gustavo

Labatut pues, aunque algo imprecisa, parece comprender de mejor manera las variadas figuras que nuestro Código ha incluido en el párrafo de la Prevaricación. En cuanto a la forma más restrictiva de prevaricación de los funcionarios judiciales, parece ser más apropiada la definición de Alfredo Etcheberry y que hemos citado.

2. RESEÑA HISTÓRICO-LEGISLATIVA

La idea de concebir como ilícitos los actos que atentan en contra de la recta administración de justicia ha estado presente —desde la antigüedad— en casi todas las legislaciones del mundo civilizado^{7 8}.

Sin embargo, las faltas cometidas por las autoridades judiciales en el desempeño de su ministerio no fueron, en un principio, objeto de una sanción penal. Probablemente ello fue así debido a que la función de administrar justicia y la aplicación del derecho era una prerrogativa exclusiva del rey, el que reunía la plenitud de los poderes del Estado. Corrían los tiempos del absolutismo monárquico; el poder del príncipe se consideraba ilimitado y sólo reconocía como fronteras las que él mismo se imponía. La posibilidad de juzgar y castigar al monarca por los abusos cometidos en el ejercicio del poder era ilusoria.

Por estas razones, las leyes que intentaban salvaguardar la rectitud en la actividad juzgadora sólo contenían

² J. Raimundo del Río: "Derecho Penal", T. III, p. 175.

³ Gustavo Labatut Glens: "Derecho Penal" parte especial, p. 111.

⁴ Eugenio Cuello Calón: "Derecho Penal" parte especial, Vol. II, p. 396.

⁵ José María Rodríguez Devesa: "Derecho Penal Español", parte especial p. 983.

⁶ A. Etcheberry: "Derecho Penal", T. IV, p. 191.

⁷ Como lo señala J. Alsina: "... Es tan antigua como la humanidad misma, desde que se organizó y delegó la suma del poder en autoridades...". "... Delito de Prevaricación; Memoria de Prueba, Stgo., Chile, 1936, p. 1.

⁸ "La sensación de malestar que deja la transgresión del Derecho, por la no aplicación justa de las leyes, fue sentida desde los tiempos más remotos, y fue siempre objeto de las leyes y los códigos de los primeros momentos civilizados del hombre en el planeta". Diego Vicente Tejera "La Prevaricación", citado por Alsina, *op. cit.*, p. 1

simples recomendaciones dirigidas a los monarcas; por otra parte, las penas impuestas a quienes trasgredían esa rectitud eran únicamente espirituales o religiosas. Podemos citar como ejemplo la situación que existía en la legislación hindú; el *MANAVA-DHARMA SASTRA* —o libro de la ley de MANÚ— que data del S. XV AC., contenía numerosas disposiciones de naturaleza moral-religiosa que se referían a la conducta ministerial de las autoridades.

A continuación, transcribimos dos de estas prescripciones:

Ley 12: "Cuando la justicia herida por la injusticia se presenta ante la Corte y los jueces no le quitan el dardo, se hieren ellos mismos".

Ley 18: "Una cuarta parte de la injusticia de un juicio recae sobre aquél de los dos litigantes que lo ha causado; una cuarta parte sobre el falso testigo; una cuarta parte sobre todos los jueces, y una cuarta parte sobre el rey"⁹.

La Prevaricación como ilícito penal sólo nació cuando el principio de responsabilidad de las autoridades por los actos ejecutados en el ejercicio de sus cargos recibió algún tipo de consagración oficial.

El momento preciso en que este hecho tuvo lugar, se confunde en la noche de la historia; la insuficiencia de testimonios históricos y la heterogeneidad en la evolución política de las distintas civilizaciones, transforman en vano todo intento por determinarlo.

Sin embargo, es posible encontrar algunos textos legales promulgados en la Antigüedad que evidencian este acontecimiento y conciben a la Prevaricación como un delito. A título meramente ejemplar, citamos un precepto del Código de Hamurabi: "Si un juez

juzgase, rindiese decisión, y si hiciese entrega de veredicto, firmado y sellado, y después alterase el veredicto que ha rendido, será llamado a responder por la alteración del juicio, y pagará con doce veces la penalidad que se hubiese dictado en el caso: y ante asamblea, será expulsado del sitio de juez, al que no regresará, y no volverá nunca a ocupar con jueces en una causa"¹⁰.

En la norma anterior podemos apreciar que el criterio talonial que se le ha asignado a la pena de la Prevaricación ha existido desde muy antiguo. Esa tendencia permaneció posteriormente y, en especial, en el derecho español. También el Código de Hamurabi recurría a una pena preventiva-social, como lo es la inhabilitación, criterio que ha sido recogido por casi todas las legislaciones, incluso la nuestra.

En China, el cuerpo legislativo más antiguo que se conoce es el *TA-TSING-LEV LEE*. Existían allí numerosas disposiciones relativas a la conducta que debían observar las autoridades judiciales en el ejercicio de sus funciones: la sección 29 contenía una gran cantidad de normas relativas a los errores y faltas cometidas en los juicios, asignándole una pena corporal al juez que retarda la administración de justicia. Lo mismo se estatuye en la sección 67 y 397.

En la sección 409, se sanciona el pronunciamiento y la ejecución de una sentencia injusta. La figura se asemeja bastante a las que establecieron posteriormente las legislaciones de raigambre hispánica. Por último, en la sección 422, se castiga a quien ejecute una sentencia que ha sido pronunciada con arreglo a una falsa interpretación de la ley¹¹.

⁹ "Versión Castellana del Código de Manú", por A. LOISETOUR DESLONCEHAMP; citado por Alsina, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰ D. Vicente Tejera: *op. cit.*, p. 13; Transcrito por Alsina, p. 3.

¹¹ J. Alsina: *op. cit.*, p. 6

En Occidente, es probablemente Roma el primer pueblo que se ocupa de reglamentar la Prevaricación. Sin embargo —como lo afirma Tejera¹²—, esta palabra tenía una mayor extensión que la que se le ha dado en España: con ella se designaban un conjunto de delitos distintos, diseminados en muchas leyes, algunos de los cuales se referían a la guerra y al ejército. Ello fue así porque en Roma las funciones civiles se confundían con las de orden militar, lo que se explica por el carácter guerrero del pueblo romano.

Existía, además, la acción de perduelio para perseguir el castigo de quienes violaban cualquier deber público cometido en el desempeño de una función estatal.

En el derecho codificado, pueden también encontrarse normas relativas a la conducta de las autoridades de la época, entre ellas, el Pretor. Así, el Digesto contiene un sinnúmero de disposiciones de esta naturaleza. Transcribimos una de ellas: “El prevaricador es como el que se apoya en dos partes, el cual ayuda a la parte contraria, haciendo traición a su propia causa y cuyo nombre, dice Labeón, fue derivado de varia contienda; porque el que prevarica se apoya en una y en otra parte, y aún más bien, en la contraria”. (ULPIANO, comentarios al Edicto, Libro VI).

Párr. 1: “Más se dice propiamente prevaricador el que hubiere acusado un juicio público; más el abogado no es llamado propiamente prevaricador” (Libro XLVII. Título XV “De la Prevaricación”) ¹³.

En el derecho español, el delito de Prevaricación ha existido en los más antiguos cuerpos legales: el Fuero juzgo —(LIBER IUDICUM) contenía un considerable número de disposiciones re-

lativas a la Prevaricación. El libro I se ocupa del facedor de las leyes, y la ley VI del Título 1º habla sobre “cuemo debe iudgar el fazeador de las leyes”. La ley 19 del Título 2, del Libro I— prescribe:

“El juez si judga tuerto por algún ruego, o mandar toller alguna cosa a algún “OMNE” con tuerto aquel que levó la cosa por mandado del iuez, entréguela: é el iuez porque iudgó contra verdad, peche otro tanto de lo suyo, sin entrega daquela cosa que levó, que deve entregar, é si non oviere otro tanto, cuemo mandó levar, que non puede fazer emienda, si al que non peche todo quanto oviere por emienda. E si ninguna cosa non oviere onde pueda fazer emienda reciba L azotes paladinamente. E si el iuez iudgó tuerto por ignorancia que lo non entendie, si se podier salvar por su iuramiento, que non iudgó tuerto por amor, ni por cobdicia, ni por ruego, sinon por ignorancia, lo que iudgó non deve valer, y el iuez non deve aver ninguna pena” ¹⁴.

Más adelante, el Fuero Real o Fuero de Castilla de Alfonso X El Sabio, dedica alguna atención a este delito. La ley 2 del Título 2, del Libro II decía:

“Si el alcalde juzga tuerto por ruego, por precio que le den, ó quel prometan, ó si mandare quitar alguna cosa á alguno sin derecho, aquel que tiene la cosa por mandado del alcalde, entréguela á cuyo es. Y el alcalde juzgó tuerto, ó mandó tomar la cosa que no debía, peche otro tanto de lo suyo aquel á quien la tomaron sin la entrega que es de suso dicha. E si no hubiere otro tanto como lo que tomó,

¹² D. Vicente Tejera: *op. cit.*, p. 21, citado por Alsina, *op. cit.*, p. 8.

¹³ J. Francisco Pacheco: “El Código Penal comentado y concordado”, p. 394. Traducción tomada de Alsina, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴ J. Fco. Pacheco, *op. cit.*; pp. 395 y 396.

pierda todo lo que hubiere, é si no hubiere nada pierda el alcaldía. E si el alcalde juzgó tuerto, ó mandó tomar alguna cosa por su negligencia, que no lo entiende, jure que eso no fizo por ruego, ni por amor, ni por precio; é no vala lo que juzgó, ni el no haya ninguna pena: é si alguno se quere-llare del alcalde á tuerto en esta razón, haya la pena sobredicha que el alcalde habria si tuerto juzgase”¹⁵.

En las Siete Partidas, de que también es autor el Rey Sabio, hay un extenso y pormenorizado tratamiento del tema. Así, la partida II habla de la “Justicia e como se ha de fazer ordenadamente en cada lugar, por palabra de Juyzio, y por obra de fecho para desembargar los pleytos”. La ley 24 del Título 22 de la partida II se ocupa de la “pena que deue auer el judgador que a sabiendas o por necesidad iudga mal en pleyto que non sea de justicia”¹⁶. La ley 25 de la misma partida se ocupa del cohecho.

Posteriormente, encontramos otro cuerpo legal de gran importancia en la tradición legislativa española: “La Novísima Recopilación”. En la ley 12 del Título 22 del Libro V, se establece una pena para el abogado que descubra el secreto de su parte a la contraria o a otro, y del que no quisiera jurar lo contenido en la ley Tercera de ese Título. La ley 17 establece una prohibición para el juez de ayudar a una parte en una instancia y a la otra en la segunda, y de que en ésta puede el juez ser abogado, aunque sí defender su sentencia.

La ley 10 del Título 1º del Libro XI señala que los jueces no reciban dones algunos de los litigantes bajo la pena impuesta por esa ley. La ley 9 prohíbe a los jueces y oficiales de justicia recibir dádivas y regalos¹⁷.

El Código penal español de 1822 constituye un esfuerzo del legislador por sistematizar y definir las conductas calificadas como prevaricadoras. Un ejemplo de lo anterior lo constituye el art. 451 de ese cuerpo legal:

“Son prevaricadores: 1º Los jueces de derecho ó árbitros de la misma clase que á sabiendas juzgan contra ley por interés personal, por afecto ó desafecto á alguna persona ó corporación, ó en perjuicio de la causa pública ó de tercero interesado. 2º Los que del mismo modo proceden criminalmente contra alguna persona, ó la complican en algún procedimiento criminal, sabiendo que no lo merece... Los prevaricadores perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno público. Si en la prevaricación cometieren otro delito á que esté señalada alguna pena, sufrirán ésta igualmente”.

A continuación, los arts. 452, 453, 513, 514 y 515 se ocupan de precisar aún más estas definiciones, distinguiendo entre las distintas clases de jueces y el aspecto subjetivo que puede revestir este delito.

Por último, el Código Penal español de 1850 reglamentó minuciosamente la Prevaricación. El delito se trató en los artículos 269 a 275. Reproducimos a continuación el art. 269 de ese Código:

“El juez que á sabiendas dictare sentencia definitiva manifiestamente injusta incurrirá:

1º En la pena de inhabilitación perpétua absoluta, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal por delito, y además en la misma pena impuesta por la sentencia, si esta se

¹⁵ J. Fco. Pacheco, *op. cit.*; p. 396.

¹⁶ J. Fco. Pacheco, *op. cit.*, pp. 396 y 397.

¹⁷ Javier Alsina, *op. cit.*, p. 15.

hubiere ejecutado, y en la inferior en un grado á la señalada por la ley si la sentencia fuere inapelable y absolutoria en causa por delito grave.

2º En la de inhabilitación perpetua especial, en cualquier otro caso”.

Este texto legal tiene mucha importancia en la génesis del párrafo 4 del Título V del Libro de nuestro Código Penal. En efecto, fueron sus disposiciones y las observaciones del comentarista español J. Francisco Pacheco, las que sirvieron de base a los redactores del Código chileno.

Primitivamente, la Comisión Redactora incluyó las faltas cometidas por los funcionarios judiciales en el ejercicio de su ministerio entre los agravios inferidos por los funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución (sesión 36).

En la sesión Nº 149 se procedió a leer el párrafo V del Título II, en donde se castigaban los delitos cometidos por los jueces. Se hicieron notar diversos vacíos que se hallaban salvados en el título correspondiente del Código español.

Después de una minuciosa discusión, se acordó que el señor Renjifo redactara de nuevo las disposiciones de este párrafo combinándolas con los del citado Código.

En la sesión siguiente (Nº 150), el señor Renjifo, refiriéndose a su encargo, observó que no creía conveniente que este delito se colocara en el título de los atentados en contra de los derechos garantidos por la Constitución: “tratando en él de las usurpaciones cometidas por jueces o empleados judiciales, no hay razón para que no se coloque junto con el párrafo destinado a penar los delitos de los demás funcionarios civiles”. Así se acordó, reser-

vándose para ese lugar el examen de la nueva redacción hecha por el señor Renjifo”¹⁸.

En la sesión Nº 152, se puso en discusión el nuevo proyecto formado por el señor Renjifo para los delitos relativos al prevaricato de los jueces y funcionarios judiciales. El proyecto presentado por el señor Renjifo fue aprobado casi en su totalidad. Finalmente, en la sesión Nº 171, a petición del señor Reyes, se agregó un nuevo inciso bajo el número 7 al final del art. 225 (actual art. 224 Nº 7), relativo a las implicancias.

El texto acordado por la Comisión, fue aprobado por el Congreso Nacional sin introducirle ninguna modificación de importancia.

El Código Penal chileno de 1874 no ha sido objeto de reformas en el párrafo correspondiente al delito de Prevaricación. Las descripciones de los tipos y las penas asignadas son, en la actualidad, las mismas que aprobara el Congreso hace ya más de cien años.

3. SISTEMÁTICA DEL PÁRRAFO DE LA PREVARICACIÓN

Con el objeto de lograr una mejor comprensión de cada uno de los capítulos que contiene este trabajo, hemos estimado conveniente dar una visión esquemática del sistema seguido por la ley al tratar las distintas figuras delictivas de la prevaricación. En esto, hemos adoptado parcialmente la sistematización que establece Alfredo Etcheberry¹⁹.

Los delitos del párrafo 4 del Título V del Libro segundo del C. Penal, parecen haber sido agrupados, en primer lugar, en atención al sujeto activo. Así, los arts. 223 a 227 se ocupan de reglamentar la prevaricación de los funcio-

¹⁸ Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno”. Edición crítica con motivo de su centenario. Edeval, Valparaíso, 1974.

¹⁹ A. Etcheberry: *op. cit.*, 191 y ss.

narios judiciales. Los arts. 228, 229 y 230 se refieren a la prevaricación cometida por los empleados públicos no pertenecientes al orden judicial. Es necesario que adelantemos que existen casos en que los jueces pueden quedar comprendidos en algunas de estas figuras. Por último, los arts. 231 y 232 consagran la prevaricación de los abogados y procuradores.

Intentaremos, a continuación, mostrar esquemáticamente las características que identifican a las distintas figuras que ha establecido la ley en cada una de estas formas de prevaricación, agrupándolas según si poseen o no elementos comunes entre sí.

1. *Prevaricación de los Funcionarios Judiciales.*

1.1. *Prevaricación propiamente tal* (arts. 223 N° 1, 224 N° 1 y 225 N° 1).

a) Art. 223 N° 1: la conducta consiste en "fallar a sabiendas contra ley expresa y vigente en causa civil o criminal". Esta figura contiene la hipótesis con dolo directo.

b) Art. 224 N° 1: la conducta consiste en "dictar —por negligencia o ignorancia inexcusables— sentencia manifiestamente injusta en causa criminal". Esta figura contiene la hipótesis con dolo eventual y con culpa.

c) Art. 225 N° 1: la conducta es semejante a la del artículo anterior; la diferencia radica en que en el art. 225 N° 1 se castiga la dictación de sentencia injusta en causa civil.

1.2. *Prevaricación - cohecho*: la conducta está descrita en el art. 223 N° 2 y consiste en que el juez por sí o por interpuesta persona admita o convenga en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer un acto de su cargo.

1.3. *Prevaricación - abuso*: se refiere a ella el art. 223 N° 3, que castiga al juez que, ejerciendo las funcio-

nes de su empleo o valiéndose del poder que éste le da, seduzca o solicite a mujer procesada o que litigue ante él.

1.4. *Prevaricación - Torcida administración de justicia*. Se castigan en los arts. 224 y 225 un conjunto de figuras delictivas que constituyen torcida administración de justicia; son:

a) Contravenir a sabiendas las leyes que reglan la substanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial. La hipótesis con dolo directo se sanciona en el art. 224 N° 2; la figura culposa y con dolo eventual, en el art. 225 N° 2.

b) Negar o retardar maliciosamente la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se pida a los jueces. Es una figura omisiva. La hipótesis con dolo directo se castiga en el art. 224 N° 3; la culposa y con dolo eventual, en el art. 225 N° 3.

c) Omitir decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo para ello, o no llevar a efecto la decretada, pudiendo hacerlo. Se trata también de hipótesis omisivas. El art. 224 N° 4 consagra la figura con dolo directo; el art. 225 N° 4 comprende los casos de dolo eventual y culpa.

d) Retener preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley. El art. 224 N° 5 reglamenta la hipótesis con dolo directo; el art. 225 N° 5 se ocupa de los casos con dolo eventual y culpa. En esta última figura se exige, además, que la retención se produzca por más de cuarenta y ocho horas.

e) Revelar los secretos del juicio o dar auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria (art. 224 N° 6).

f) Fallar en causa criminal o civil con manifiesta implicancia, que sea conocida para el juez y sin haberla hecho saber previamente a las partes (art. 224 N° 7).

1.5. *Prevaricación - desobediencia.* La conducta sancionada consiste en que el juez no cumpla las órdenes que legalmente se le comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón, que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever. A continuación se establece un procedimiento para el caso que la orden se encuentre en cualquiera de estas hipótesis y pueda el juez eximirse de responsabilidad.

2. *Prevaricación de los empleados públicos no pertenecientes al orden judicial.*

Se castigan aquí dos conductas:

2.1. Dictar providencias o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo (art. 228). La forma con dolo directo se castiga en el inciso primero del art. 228; el dolo eventual y la culpa se sancionan en el inciso segundo.

2.2. No proceder a la persecución o aprehensión de los delinquentes, faltando a las obligaciones del oficio, después de requerimiento o denuncia formal hecha por escrito (art. 229). La figura puede cometerse con dolo o culpa.

El art. 227 N° 2 se refiere a los "subdelegados o inspectores que incurrieren en iguales infracciones". Como lo explica Alfredo Etcheberry, dichas infracciones son las conductas constitutivas de prevaricación judicial. Antiguamente, los subdelegados e inspectores —que eran empleados del orden político administrativo— desempeñaban las funciones de los jueces inferiores. Con la

dictación del Código Orgánico de Tribunales, los subdelegados e inspectores dejaron de tener funciones judiciales, las que son desempeñadas por los jueces de subdelegación y distrito. Por esta razón, esta disposición ha quedado sin aplicación práctica.

3. *Prevaricación de los Abogados y Procuradores.* Estas figuras —que estarían mejor calificadas de "infidelidad profesional"— son, básicamente, tres:

3.1. El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente (art. 231 primera parte).

3.2. El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio descubriere los secretos de su cliente (art. 231 segunda parte).

3.3. El abogado que, teniendo la defensa actual de un pleito, patrocina a la vez a la parte contraria en el mismo negocio (art. 232).

4. *Bien jurídico protegido*

El delito de prevaricación forma parte de un conjunto de ilícitos penales que han sido agrupados por el legislador en el título V del libro II del C. Penal, bajo el rótulo de "...crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos".

Como lo señala Alfredo Etcheberry, "la búsqueda del bien jurídico protegido resulta particularmente difícil en este título, pues literalmente hablando el legislador parece haber agrupado aquí las infracciones atendiendo al sujeto activo ("los empleados públicos"), y no al bien jurídico tutelado"²⁰.

Sin embargo, a este autor le parece claro que el legislador debe haber te-

²⁰ A. Etcheberry: "Derecho Penal", T. IV, p. 181.

nido en consideración algún bien jurídico particular dentro del título V, debido a que en otros títulos del Código existen diversas infracciones que también son cometidas por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, y que no se reglamentan en este título. En su opinión, el bien jurídico protegido en el título V es la "recta administración pública". Para estos efectos —señala Etcheberry—, la expresión "Administración Pública" debe ser entendida en un sentido muy amplio, como la "actividad general del Estado", tanto en su aspecto administrativo como en el legislativo y judicial²¹.

En estos delitos, no resulta atacado el Estado mismo, sino su regularidad funcional; se trataría, por consiguiente, del normal desarrollo de las tareas concretas que el Estado realiza en el cumplimiento de sus funciones de autoridad pública encargada de ejercer la soberanía.

Pero —como lo señala este mismo autor— la consideración del sujeto activo es importante, en términos de que sólo se castigan en este título aquellos delitos en que el atentado en contra de la recta administración pública proviene de un empleado público. La razón estribaría en que se ha tomado en especial consideración la infracción de un deber específico de lealtad, de corrección y de eficiencia que pesa sobre determinadas personas ligadas con la autoridad pública por un vínculo especial.

Ahora bien, los delitos contemplados dentro del párrafo 4º de este título (prevaricación) protegen, ciertamente, este bien jurídico genérico a que hemos hecho referencia: la recta administración pública. Sin embargo, las figuras delictivas comprendidas dentro de la especie llamada "Prevaricación de los Funcionarios Judiciales" (arts. 223, 224, 225 y 226) parecen estar prote-

giendo un bien jurídico más restringido y que forma parte de ese concepto amplio de la Administración Pública.

En efecto, los funcionarios judiciales constituyen una especie del género empleados públicos. A ellos, la ley les ha impuesto deberes que son comunes a cualquier funcionario de la Administración Pública; sin embargo, el ordenamiento jurídico establece, respecto de estos sujetos, otras obligaciones o deberes que rigen exclusivamente sobre ellos, en atención a la especialísima función que están llamados a cumplir.

Por otra parte, hemos destacado la amplitud del concepto de Administración Pública, señalando que comprende tanto las funciones legislativas y jurisdiccionales y a los correspondientes órganos que las desempeñan. De allí que tratándose de los funcionarios judiciales, la idea de recta administración pública toma el nombre de "Recta Administración de Justicia".

Este último concepto se refiere a la escrupulosa observancia de dos categorías de deberes y obligaciones: por una parte, el respecto a los deberes que rigen respecto de cualquier empleado público (ej., el deber de probidad); por la otra, la observancia de ciertos deberes a que sólo están obligados los funcionarios judiciales, de acuerdo con la naturaleza de las funciones que, específicamente, las imponen la Constitución y las Leyes.

Por consiguiente, el bien jurídico protegido en las figuras delictivas de la prevaricación de los funcionarios judiciales es la Recta Administración de Justicia. Por ella debe entenderse la regularidad de la Función Jurisdiccional, en orden a que, mediante su ejercicio, se cumpla cabalmente con la finalidad que a través de ella se persigue. En la práctica, esto se traduce en la observancia, por parte de los funcionarios judiciales, de un especial

²¹ A. Etcheberry: "Derecho Penal", T. IV, p. 181.

²² A. Etcheberry: "Derecho Penal", T. IV, p. 182.

deber de lealtad, corrección y eficiencia en el desempeño de sus cargos.

De esta manera, el concepto de Función Jurisdiccional resulta esencial en la determinación del bien jurídico amparado por los delitos objeto de nuestro estudio; o, desde otra perspectiva, define e informa a cada una de las figuras comprendidas en el delito de prevaricación de los funcionarios jurisdiccionales. Por ello, se hace necesario hacer algunas reflexiones —aunque muy someramente— en relación con la génesis y naturaleza de esta función del Estado:

La Función Jurisdiccional es aquella actividad estatal que tiene por fin satisfacer pretensiones procesales²³. Este concepto pone todo su énfasis en lo que es la pretensión procesal; además, determina el punto de partida y el objeto de esta actividad del Estado. Por consiguiente, debemos referirnos brevemente a esta noción:

El hombre, como ser social que es, necesita, permanentemente, relacionarse con sus semejantes. La necesidad de sobreponerse al medio físico y de perfeccionar su espíritu, hacen que el ser humano deba convivir con otros;

así lo impone la imperfección de su estructura fisicopsíquica y las limitaciones propias de su naturaleza. En esta necesidad de convivencia, se encuentra la base del concepto de civilización²⁴.

En razón de esto, el hombre anhela algo para sobreponerse a su estado; las relaciones sociales le permiten encontrar en el otro aquello que su cuerpo y su espíritu necesitan. A ese querer un objeto o una acción del otro, a ese anhelo permanente de poseer lo que no se tiene, llamamos “pretensión”²⁵.

Cuando se pretende, asilándose en un derecho que se cree tener el objeto pretendido, existe una pretensión jurídica. Pero si los motivos o causas en que se funda ésta son puramente sociales o psicológicas, la pretensión no puede ser calificada de jurídica.

Las pretensiones jurídicas a que hemos hecho referencia pueden ser llamadas también “pretensiones jurídicas extraprocesales”, por cuanto no tienen una relación directa con un proceso judicial. Así, por ejemplo, si un sujeto estima que otro le debe una prestación por cuanto han celebrado un contrato que es fuente de la obligación personal

²³ A. Avsolomovich C., G. Lührs A. y E. Noguera G.: “Nociones de Derecho Procesal”, p. 46. En este mismo sentido, Jaime Guasp “Derecho Procesal Civil”, p. 110.

²⁴ Por ello, Aristóteles dirá que “el hombre es por naturaleza un ser social y el que vive fuera de la sociedad por naturaleza y no por efecto del azar es, ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana” (“La Política”, Libro Primero, Capítulo II).

²⁵ Hay que arrancar de la esencia del hombre en cuanto ser social, que convive e influye en otros hombres, y que es influido por ellos. La filosofía ha puesto de manifiesto la importancia de éste, su ser coexistencial, que le impide alcanzar su plenitud aisladamente. Todo lo anterior tiene la base suficiente como para que no sea discutido.

La tesis fundamental es que el hombre, por el hecho de que coexiste con otros hombres, alcanza efectivamente su plenitud de ser humano, pero sufre también en cuanto el mundo de su contorno le hace comprobar su limitación, de una insatisfacción profunda frente a otros hombres. Esto es lo que en conjunto forma la compleja trama de su individual grandeza y miseria. De esta insatisfacción del hombre arranca una de sus básicas actitudes sociales: la queja. La reclamación o protesta que siempre está dispuesto a hacer como emanación de su más íntimo ser. El hombre es un ser insatisfecho, es un animal que se queja, un ser plañidero”. (Jaime Guasp, “La pretensión procesal, p. 20).

pretendida, estamos en presencia de esta clase de pretensiones.

Se puede definir la pretensión jurídica extraprocesal como "aquella voluntad manifestada de un sujeto de derechos de que otra persona cumpla o reconozca un derecho, que el primero cree tener en su contra"²⁶.

Ahora bien, cuando la pretensión extraprocesal encuentra un obstáculo para su satisfacción en el sujeto pasivo, se originará un conflicto. El sujeto activo no logra que su pretensión sea satisfecha, porque la voluntad del sujeto pasivo se opone a ella; en otras palabras: la resistencia de éste produce un conflicto.

Si no se produce el acuerdo de voluntades entre los sujetos en orden a solucionar el conflicto, bien podría el pretendiente recurrir al uso de la fuerza para satisfacer su pretensión. El sistema de la autodefensa de los derechos es el medio primario de tutela jurídica, históricamente el más antiguo y el único en los tiempos primitivos.

Sin embargo, resultan evidentes las nefastas consecuencias que para el cuerpo social significaría el empleo de la fuerza en la satisfacción de las pretensiones jurídicas. Una sociedad en la que los hombres hiciesen valer por sí los derechos que creen tener, sería un completo caos. Además, permite, con frecuencia, que se imponga la fuerza al Derecho, y no siempre el derecho-habiente es el más fuerte. La introducción de la incertidumbre y los abu-

sos conducirían, inevitablemente, a la destrucción de la comunidad humana.

Por estas razones, los Estados modernos han prohibido la autodefensa como sistema general de tutela jurídica. Pero junto con esta privación, los Estados deben crear normas jurídicas objetivas que regulen los derechos de los particulares, a fin de que éstos sepan a qué atenerse y cuáles son esos derechos. Además, los Estados han tenido que asumir ellos mismos la responsabilidad de examinar las pretensiones y satisfacer las que son fundadas; para ello, se ha creado todo un complejo aparato público, que tiene por objeto cumplir, precisamente, con esa tarea. Tal es la función jurisdiccional²⁷.

Al aceptar esta responsabilidad, el Estado debe reconocer a los individuos el medio de poder recurrir a su Función Jurisdiccional, con el objeto de que su pretensión sea acogida y, en definitiva, satisfecha si está fundada en el Derecho objetivo²⁸.

Surge así el concepto de pretensión procesal o acción como el medio que tiene el particular para reclamar del órgano estatal que conozca y, eventualmente, satisfaga su pretensión extraprocesal. Junto con ello, aparece también el derecho de acción o, mejor dicho, el derecho a la acción, como la posibilidad, reconocida por el Estado, que tienen las personas de recurrir al ejercicio de la Función Jurisdiccional.

²⁶ A. Avsolomovich: *op. cit.*, p. 20.

²⁷ "Para que el Estado pueda prohibir la autodefensa, debe otorgar tutela jurídica a las partes con sus órganos, y lo hace a través del proceso civil. El Estado cumple así una de sus más importantes tareas, una tarea cultural en el verdadero sentido de la palabra" (Leo Rosenberg, "Tratado de Derecho Procesal Civil", T. I, p. 3, cit. por A. Avsolomovich, p. 127).

²⁸ "Formando la base de los conceptos de Jurisdicción y de Acción se encuentra en el Estado moderno la premisa fundamental de la prohibición de la autodefensa: derecho subjetivo significa interés individual protegido por la fuerza del Estado, no derecho de emplear la fuerza privada en defensa del interés individual" (Piero Calamandrei: "Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el Nuevo Código", p. 144).

La pretensión procesal o acción es así "la voluntad manifestada por un sujeto, de obtener del órgano jurisdiccional que recoja y examine una pretensión extraprocesal, resistida, y la satisfaga plenamente si está fundada en el ordenamiento objetivo"²⁹.

Elementos de esta pretensión son: un sujeto activo (pretendiente); un sujeto pasivo (el órgano jurisdiccional); una manifestación de voluntad (que en el proceso civil es la demanda); el hecho o causa de que nace la pretensión procesal (la resistencia del sujeto pasivo de la pretensión extraprocesal a reconocerla y cumplirla); y la existencia de un proceso en el cual el juez declare, por medio de una decisión, si la pretensión extraprocesal es o no fundada en el Derecho Objetivo, y de serlo, ordene su satisfacción.

Ahora bien, las pretensiones procesales pueden ser de diversos tipos según sea la naturaleza de la pretensión extraprocesal y del conflicto que les dieron origen. Así, existirán pretensiones individuales y colectivas o de la sociedad misma; pretensiones sobre materias de orden público; pretensiones civiles; contencioso-administrativas y penales, etc.³⁰.

Retomando el problema del bien jurídico protegido en las figuras de la prevaricación de los funcionarios judiciales, habíamos señalado que éste consistía en la recta administración de justicia, y era recta, cuando, en el ejercicio de la Función Jurisdiccional, se cumplía cabalmente con la finalidad que ésta persigue. Como la finalidad perseguida a través de la Función Jurisdiccional es la satisfacción de pretensiones procesales, debemos concluir que el interés tutelado en estas figuras delictivas es, precisamente, la composición de esta clase de pretensiones.

Los conceptos de pretensión extraprocesal, conflicto, pretensión procesal, proceso, Función Jurisdiccional y Órgano Jurisdiccional son, pues, piezas fundamentales en la determinación del contenido y de los límites de las figuras delictivas comprendidas en la prevaricación de los funcionarios judiciales.

Sin embargo, a estas alturas de nuestra exposición, es necesario hacer dos observaciones:

En primer término, debemos recordar que este bien jurídico genérico llamado la recta administración de justicia se traduce, en la práctica, en la observancia de ciertos deberes,

²⁹ A. Avsolomovich: *op. cit.*, p. 29.

³⁰ En el proceso penal, también hay una pretensión procesal en el sentido que la hemos definido; cuando un individuo ha incurrido en un hecho que reviste los caracteres de un delito, la sociedad, a través de sus órganos, pretenderá que a ese individuo se le imponga una sanción, en virtud del derecho que el Ordenamiento Jurídico consagra. Esta pretensión —que es extraprocesal, por cuanto no origina por sí un proceso— entrará en conflicto con los derechos de libertad y propiedad de aquel a quien la sociedad estima culpable. Dado que la determinación de si ese individuo cometió efectivamente el hecho punible afectará forzosamente los derechos fundamentales del reo, es necesario que esa actividad se desarrolle en un ámbito de garantía. Esta garantía se logra cuando un órgano imparcial, revestido de autoridad sobre ambas partes en conflicto, pueda resolver la cuestión. Por consiguiente, la sociedad no puede, por sí misma, satisfacer su pretensión extraprocesal de castigar a un supuesto delincuente; siempre será necesario que solicite del Estado que conozca, examine y decida esta pretensión. En otras palabras, también existe en materias penales una pretensión procesal. Como lo dice Carnelutti, cuando un individuo ha cometido un delito, "lo que hace el Ministerio Público es recoger una pretensión que flota en el aire, podría decirse, o sea que serpentea en la sociedad cuando aparece la noticia de un delito" (*Lecciones sobre el Proceso Penal*", T. IV, p. 6).

prohibiciones o principios, que el orden jurídico ha impuesto a los funcionarios judiciales.

En segundo lugar, podemos advertir que las distintas figuras delictivas de la prevaricación parecen estar protegiendo un bien jurídico más preciso y determinado que aquel genérico a que hemos hecho referencia. En efecto, las conductas típicas de cada una de estas figuras son diversas, en atención a que el interés jurídico comprometido es también diverso. Lo que ocurre es que el correcto ejercicio de la Función Jurisdiccional supone el respeto a ciertos principios o condiciones fundamentales que el orden jurídico previene, a fin de que ésta cumpla justa y eficazmente su cometido.

Nos referimos a las Bases Generales de la Administración de Justicia o, también llamadas Principios Fundamentales de la Función Jurisdiccional. Por tales, debemos entender "aquellas normas indispensables sobre las que descansa el Poder Judicial y sin las cuales no puede existir una correcta y eficiente administración de justicia"³¹.

Estos principios representan aquellos deberes y prohibiciones específicos que traducen a la práctica el concepto de recta Administración de Justicia.

Ahora bien, el legislador penal ha redactado las conductas de los distintos tipos de prevaricación de los funcionarios judiciales, tomando en consideración aquella Base o Principio General de la Administración de Justicia que aparece directamente comprometido por la acción u omisión del juez. Es a partir de esta consideración que puede entenderse que cada una de estas figuras constituye un delito independiente pero que integra ese todo orgánico que es la prevaricación de los funcionarios judiciales. No nos corresponde a nosotros referirnos a cada una de estas Bases o Principios Gene-

rales, puesto que constituyen un número considerable. Por consiguiente, nos limitaremos a analizar aquellos que la ley penal ha seleccionado y otorgado protección jurídico-penal, pero sólo desde el punto de vista del delito que su contravención lleva aparejada. Estos son:

A. *Legalidad:*

El principio de legalidad tiene una doble connotación dentro de la Función Jurisdiccional.

En primer lugar, como función del Estado, su estructura, su modo de funcionamiento y sus atribuciones deben estar regidas por la ley.

En segundo término, los jueces deben, tanto en la tramitación de los procesos, como en la dictación de los fallos, proceder con estricta sujeción a la ley. Es en este último sentido que el principio de legalidad ha sido considerado por la ley penal al reglamentar el delito de prevaricación.

Incluso, dentro de esta última concepción, es posible distinguir dos aspectos distintos del principio de legalidad: por una parte, la legalidad de los fallos judiciales; por la otra, el sometimiento a la ley en la tramitación de los procesos. Dado que ambos aspectos son protegidos por diferentes figuras delictivas del párrafo de la prevaricación, los trataremos por separado:

A.1. *El Principio de Legalidad de los fallos: el Bien Jurídico próximo en la Prevaricación propiamente tal.*

Este aspecto del principio de legalidad significa que la Función Jurisdiccional, al cumplir su fin de satisfacer pretensiones procesales, debe considerar en sus decisiones todo el ordena-

³¹ M. Casarino V.: "Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico", T. I, p. 87.

miento jurídico vigente, aplicarlo y hacerlo efectivo⁸².

En nuestro país, lo general es que los tribunales de justicia deben fallar con estricta sujeción a las normas del Derecho objetivo; o sea, el juez debe resolver la pretensión procesal de acuerdo con la ley sustantiva, declarando, para ese caso, la voluntad genérica contenida en la norma positiva.

Cierto es que en la mayoría de las legislaciones (incluida la nuestra), no existe un precepto expreso que consagre esta obligación a los jueces. Sin embargo, además de que este principio puede deducirse de algunas disposiciones de nuestro sistema jurídico (ej. art. 10 inciso 2º del C.O.T. y art. 767 del C. de P. Civil), existe unanimidad en cuanto a que constituye un verdadero dogma del proceso ya que emana de la propia esencia del Poder Judicial, cuya misión es, precisamente, administrar justicia⁸³.

Por consiguiente, este aspecto del principio de legalidad, existe como una verdadera norma que subyace en el

ordenamiento jurídico, cumpliendo la función de hacer efectiva la vigencia de las disposiciones en él contenidas.

El principio de legalidad de los fallos judiciales, no es sino una de las tantas expresiones del concepto de Estado de Derecho reconocido por la ciencia política moderna. Realiza en la práctica la idea de justicia y de seguridad que se pretende alcanzar a través de todo sistema jurídico. Sin embargo, a nuestro juicio, lo esencial en la legalidad así entendida, es la seguridad jurídica, el valor fundamental que se aspira conseguir mediante todo Ordenamiento Jurídico positivo⁸⁴.

Siguiendo en esta parte la excelente exposición del filósofo J. Millas, "la seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado"⁸⁵.

Según Millas, la seguridad constituye un valor de situación⁸⁶, que se resuelve en dos componentes vivenciales: saber

⁸² A. Avsolomovich: *op. cit.*, p. 48.

⁸³ Como dice Goldschmidt: "... la determinación positiva de la posición jurídica y política de los tribunales se manifiesta en el sometimiento de los tribunales a la ley, en el ejercicio de la jurisdicción, entendiéndose por ley cualquier clase de norma jurídica" ("Derecho Procesal Civil", p. 121).

⁸⁴ Así, Luis Recaséns Siches, "... el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible exigencia de seguridad, de certeza, en la vida social. La pregunta de por qué y para qué hacen Derecho los hombres no la encontramos contestada en la estructura de la idea de justicia, ni en el séquito de egregios valores que la acompañan, sino en un valor subordinado —la seguridad— correspondiente a una necesidad humana" ("Vida humana, Sociedad y Derecho", p. 209).

⁸⁵ Jorge Millas J.: "Filosofía del Derecho", p. 223.

⁸⁶ "La seguridad jurídica es un valor de situación; el bien donde encuentra cumplimiento real no consiste, evidentemente, ni en la conducta de seres libres en cuanto tales, ni en "cosas" del orden físico o ideal. Pudiera parecer, tal vez, por la íntima conexión entre el derecho y la seguridad, que ésta residiera en el Derecho mismo, que encarnara en él, que el Derecho lo realizara o ejemplificara, como una estatua a la belleza, o a la verdad una proposición bien fundada. Semejante modo de ver carece, no obstante, de sentido. El Derecho como sistema normativo sólo puede ser instrumento gracias al cual la seguridad concretamente existe, sin que él mismo sea, en cuanto tal, seguridad. La seguridad en la medida en que es un valor, es un modo posible de ser, y este modo posible es modo de la vida humana, de la vida del indi-

o certeza, por una parte, y expectativa o confianza, por la otra. ... "El saber se refiere a la existencia de las normas jurídicas: es nuestro conocimiento, a) de que hay ciertas normas que disponen tales y cuales conductas de modo impersonal y objetivo; y b) de que el orden así previsto, es generalmente observado. La confianza deriva de ese conocimiento y consiste en la fundada expectativa de una continua y prolongada vigencia del orden jurídico. No se trata aquí de esa certeza de conocimiento teórico respecto a la existencia y contenido de las normas, sino de la anticipación de lo que probablemente ocurrirá en vista de la actual vigencia del orden jurídico dado. Sin embargo, el valor práctico de esta probabilidad es tan grande, que lo equiparamos a la certeza y arreglamos conforme a ella nuestra conducta. Sólo así es posible que se construya la situación de seguridad" ³⁷.

La seguridad, en un sentido subjetivo, es la convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social. Desde un punto de vista objetivo, se confunde con la existencia de un estado de organización social, de un orden social. En suma, la seguridad es esencialmente una relación entre la persona y un estado social objetivo en el cual ella está incluida ³⁸.

Por consiguiente, para que este valor tenga efectiva vigencia, no basta con que exista un Ordenamiento Jurídico que resuelva las distintas situaciones y conflictos en que puede verse envuelto

un sujeto; es necesario, además, que la norma jurídica sea realmente aplicada, es decir, que esté —por así decirlo— "viva" en las relaciones sociales.

Ahora bien, cuando un juez falla una pretensión procesal, realiza el acto que por excelencia vivifica la ley en la realidad social. Los ciudadanos necesitan tener la certeza que sus pretensiones serán resueltas por el Estado con arreglo a un cierto patrón objetivo. El Estado, a través del órgano jurisdiccional, satisface esta necesidad de convicción, mediante la dictación de un fallo con estricta sujeción a la ley. Así, "fallo legal", es sinónimo de certeza, de seguridad.

Pero la obligación de resolver las pretensiones procesales de conformidad con los preceptos legales positivos, es también la seguridad del propio juez. En efecto, éste necesita saber que cumple cabalmente con la obligación de fallar las pretensiones procesales, cuando la decisión es realizada a partir de una norma objetiva. Imaginemos cuán difícil se tornaría el ejercicio de la Función Jurisdiccional si no existiese la obligación de fallar con arreglo a un criterio que ha sido fijado de antemano por la ley; si esto no fuese así, la búsqueda a ciegas de una solución que satisfaga la idea de justicia imperante en el cuerpo social, haría imposible en la práctica el desempeño de esta Función del Estado.

Sintetizando lo expuesto, el principio de legalidad de los fallos judiciales informa y da vida al valor de la seguridad jurídica, pues, es a través de

viduo que se siente seguro, de la vida colectiva que se desenvuelve con orden, mas no del sistema normativo que tal seguridad procura.

La seguridad constituye, entonces, un valor de situación: la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando, sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplan". (J. Millas J., *op. cit.*, p. 225).

³⁷ J. Millas J.: *op. cit.*, p. 226.

³⁸ M. Pacheco G.: "Introducción al Derecho", p. 495.

este principio que el ordenamiento jurídico encuentra efectiva vigencia³⁹.

Las figuras delictivas de la prevaricación propiamente tal amparan, de manera directa e inmediata, al principio de legalidad de los fallos en cuanto interés jurídicamente protegido. En efecto, como veremos más adelante, el esquema rector que informa a las conductas descritas por los arts. 223 N° 1, 224 N° 1 y 225 N° 1, consiste en "fallar contra ley expresa y vigente". Por consiguiente, lo que se pretende al aplicar una pena al juez que ha quebrantado su deber de aplicar la ley positiva en el fallo, es salvaguardar el principio de legalidad de los atentados de que pudiese ser objeto.

La recta administración de justicia, como bien jurídico remoto del delito de prevaricación, encuentra una de sus concreciones, en la observancia de este deber de aplicar la ley en los fallos. Así, el principio de legalidad viene a constituirse en el interés jurídico-social protegido de manera próxima e inmediata por las figuras delictivas de los arts. 223 N° 1, 224 N° 1 y 225 N° 1 del C. Penal (Prevaricación propiamente tal).

Cierto es que aparecen involucrados en estas figuras otros principios que integran el concepto de recta administración de justicia (ej. el deber de probidad exigido a los funcionarios judiciales). Pero lo importante es que el interés directa e inmediatamente protegido es el principio de legalidad

en los fallos; los otros sólo aparecen comprometidos de manera secundaria o tangencial. A partir de esta consideración, es posible distinguir las figuras de los arts. 223 N° 1, 224 N° 1 y 225 N° 1, de otras figuras del párrafo correspondiente, en que el interés tutelado lo constituye otro principio distinto.

Finalmente, los arts. 224 N° 3 y 225 N° 3, contemplan lo que constituye la figura omisiva genérica en la prevaricación: la denegación o retardo en la administración de justicia.

Cuando la omisión se refiere al pronunciamiento mismo del fallo, el bien jurídico protegido es también este aspecto del principio de legalidad, puesto que éste supone primero y antes que nada, que efectivamente se dicte la resolución (y en tiempo oportuno); cuando lo que se omite es otra actuación del proceso, el interés tutelado es la otra forma que reviste este principio: la legalidad del proceso.

A.2. *El Principio de Legalidad del Proceso:*

Este aspecto del principio de legalidad significa que los jueces deben proceder con estricta sujeción a la ley en la tramitación de los procesos.

La idea del "proceso legal" constituye, en casi todas las legislaciones del mundo moderno, una verdadera Garantía Constitucional⁴⁰. Así, nuestra

³⁹ Ciertamente, este principio no es absoluto. Existen en nuestra legislación casos excepcionales en que los jueces se encuentran facultades para sustraerse de las normas jurídicas positivas al pronunciar su decisión. Para ello se vale de expresiones tales como "fallar en conciencia", "fallar según la prudencia o equidad", etc. Razones de conveniencia práctica han aconsejado a la ley consagrar tales autorizaciones. Pero estas situaciones excepcionales no alteran en nada la regla general (la legalidad del fallo), sino que —como dice el aforismo— la confirman.

⁴⁰ Proceso legal, racional y justo, constituye también un principio universalmente reconocido en el ámbito de las relaciones internacionales; así se desprende del art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Entre los países americanos, también ha sido objeto de convenciones internacionales. Podemos citar, como ejemplo, los arts. 17 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Carta Fundamental consagra este principio en los siguientes términos:

"Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 3 La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

... Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento" (inciso 5º).

Puesto de esta manera, el principio de legalidad del proceso aparece como una concreción del derecho de todas las personas a la igualdad ante todo órgano que ejerza jurisdicción, en el sentido de que la ley y cualquier norma jurídica sean por ellos interpretadas y aplicadas sin formular diferencias ni discriminaciones arbitrarias. Se trata, por consiguiente, de un conjunto de actos legalmente previstos y que han sido cumplidos con anterioridad a la sentencia, que permita oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba por quien corresponda con arreglo a la ley⁴¹. Es lo que en ámbito del derecho angloamericano se conoce con el nombre de "debido proceso".

Así, la "legalidad del proceso", aparece como un presupuesto previo y necesario de la "legalidad de los fallos judiciales".

En consecuencia, sobre los jueces pesa la obligación de tramitar los procesos con estricta sujeción a las leyes

de procedimiento, no pudiendo sustraerse de los trámites y actuaciones que en ellas se establecen.

- Este aspecto del principio de legalidad constituye también un interés penalmente tutelado: las figuras delictivas contempladas en los arts. 224 Nº 2 y 225 Nº 2; 224 Nº 4 y 225 Nº 4; 224 Nº 5 y 225 Nº 5, protegen de manera inmediata y directa, este bien jurídico.

El tipo contenido en los arts. 224 Nº 2 y 225 Nº 2 sanciona con la imposición de una pena, la contravención a las leyes que reglan la sustantación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o parte sustancial.

Las figuras de los arts. 224 Nº 4, 224 Nº 5, 225 Nº 4 y 225 Nº 5, se refieren a ciertas infracciones en que pueden incurrir los jueces tratándose de la Detención, la Prisión Preventiva y la Libertad Provisional. Sin embargo, en algunos de estos delitos aparece también comprometido el bien jurídico de la libertad de desplazamiento; en estos casos, la ley ha dado un especial tratamiento a esta conducta, en atención al medio empleado para su comisión: una actuación procesal o su omisión.

En lo que se refiere al tipo omisivo genérico establecido en los arts. 224 Nº 3 y 225 Nº 3, éste también protege la legalidad del proceso en todo aquello que no se refiere a la omisión en la dictación de un fallo. La omisión (denegación o retardo en la administración de justicia) de actuaciones procesales atenta directa e inmediatamente contra la integridad del procedimiento⁴².

(1948), y el art. 8 Nº 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969).

⁴¹ Sobre esta materia y sus connotaciones Constitucionales, puede consultarse el trabajo de José Luis Cea E. "Marco Constitucional del Proceso Justo", publicado en la Revista Chilena de Derecho, vol. 9 Nº 1, enero-mayo 1982, pp. 69 y ss.

⁴² En estricto rigor la figura omisiva de los arts. 224 Nº 3 y 225 Nº 3, se refiere al principio de inexcusabilidad. De acuerdo con lo prevenido en el art. 73 inciso segundo de la Constitución Política de la República y 10 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales, los jueces, cuando ha sido reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no pueden excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contenida o asunto sometidos a

Por último, la figura delictiva consagrada en el art. 224 N° 7 —que sanciona como delito la dictación de un fallo con manifiesta implicancia— ampara dos principios distintos, que vienen a ser dos bienes jurídicos diferentes: por una parte, el principio de legalidad del Proceso (ya que se infringen las normas procesales relativas a las implicancias y recusaciones); por la otra, el principio de probidad, al que nos referiremos a continuación. Por estas razones, el delito a que se refiere el art. 224 N° 7 del C. Penal, puede ser calificado de “plurisubsistente”.

B. Principio de Probidad

La Función Jurisdiccional, en cuanto atribución y deber del Estado, supone de los órganos que la desempeñan, que estén investidos de una autoridad. En efecto, cuando el juez falla una pretensión procesal, lo hace, por así decirlo, en “nombre” del Estado; de allí que la Función Jurisdiccional tenga el carácter de una Función Pública.

Esta autoridad tiene, como consecuencia fundamental, que lo decidido por el juez es vinculatorio para las partes, en términos de que éstas no pueden dejar de acatar como obligatoria la resolución del funcionario. En última instancia, la autoridad o poder con que se ha investido a los jueces se traduce en la posibilidad real de hacer ejecutar lo juzgado; es lo que se conoce con el nombre de “imperio”.

Ahora bien, la ley entiende que este poder que se le ha concedido a los funcionarios judiciales sólo debe ser empleado en vista de la finalidad que la Función Jurisdiccional está llamada a cumplir: la satisfacción, con arreglo a las normas positivas, de las pretensiones procesales. A nuestro juicio, en

esto consiste, precisamente, el deber de probidad que rige sobre estos funcionarios: la autoridad o poder que otorga el desempeño de la Función Jurisdiccional, debe orientarse únicamente hacia el cabal cumplimiento del fin que a través de ella se persigue.

Por consiguiente, se lesionará o pondrá en peligro este deber de probidad, toda vez que un funcionario judicial emplee el poder o autoridad en vistas de un objeto distinto de aquel a que hemos hecho referencia.

Así, por ejemplo, si el juez se vale de su poder para obtener algún provecho personal, o el de algún tercero, habrá quebrantado este deber de probidad.

Presupuesto necesario del principio de probidad lo constituye la obligación que existe sobre el juez en orden a mantener, durante toda la tramitación del juicio, la perfecta igualdad entre los litigantes.

El principio de probidad constituye también un interés o bien jurídico tutelado por la ley penal. Así, el legislador ha sancionado a título de prevaricación, una serie de conductas que lesionan o ponen en peligro de manera directa e inmediata este bien jurídico. Los tipos penales a que nos referimos son:

En primer lugar, la figura de la prevaricación-cohecho del art. 223 N° 2; en segundo término, la prevaricación-abuso del art. 223 N° 3. Ambas conductas implican una grave transgresión al principio de probidad funcionaria, toda vez que en ellas el juez se vale del poder o autoridad que le ha sido conferido para obtener un provecho o satisfacción personal.

En tercer lugar, podemos citar la figura del art. 224 N° 6, que sanciona dos conductas: la revelación de los se-

su decisión. Esto, que parece claro en lo que respecta a la denegación de Justicia, no lo es en el caso del retardo de la misma. Sin embargo, hemos preferido referirnos a esta figura en cuanto también compromete al principio de legalidad en sus dos aspectos.

cretos del juicio y el auxilio o consejo a cualquiera de las partes, en perjuicio de la contraria. En la primera, el juez hace un mal uso del poder o autoridad de que está investido, ya que quebranta obligación que emana de la ley, de mantener el secreto funcionario; en la segunda conducta, el principio de probidad se ve afectado por cuanto el agente no conserva la debida igualdad que debe existir entre los litigantes.

En cuarto y último lugar, también ampara el principio de probidad la figura del art. 224 N° 7 (fallar con manifiesta implicancia . . .). Las implicancias, como causales de inhabilidad para dictar un fallo, han sido establecidas por el legislador para mantener entre las partes la perfecta y completa igualdad frente al juez llamado a juzgarlas. De allí que si éste carece de la debida imparcialidad, deberá ser inhabilitado para resolver la pretensión. El interés protegido es, entonces, el principio de probidad.

C. *El Principio de Jerarquía*

Los Tribunales de Justicia están organizados, esencialmente, de acuerdo a un sistema jerárquico, lo que significa que existe una relación de dependencia o subordinación del inferior con respecto al superior. El fundamento de este principio estriba en que la Función Jurisdiccional debe ser administrativamente jerarquizada, puesto que es esencial a un buen servicio la organización vertical de las partes que la componen ⁴³.

De acuerdo con una concepción restringida del Poder Judicial (limitado a los funcionarios incorporados al escalafón judicial), los Tribunales de Justicia dependen unos de otros, excepto la

Corte Suprema que ejerce su jurisdicción en todo el territorio de la República. Por esto, quien detenta un cargo jurisdiccional, se encuentra obligado a cumplir las órdenes que legalmente les impartan sus superiores ⁴⁴.

La ley penal ha otorgado protección a este interés o bien jurídico: el art. 226 contempla como una hipótesis de prevaricación, el incumplimiento, por parte de los Funcionarios Judiciales, de las órdenes que legalmente les hayan sido comunicadas por sus superiores. Esta figura, conocida bajo el nombre de prevaricación-desobediencia, ampara directa e inmediatamente, el principio de jerarquía de los tribunales, en cuanto bien jurídico próximo.

D. *El Principio de Responsabilidad*

Con el objeto de poder cumplir cabalmente con la finalidad que se persigue a través de la Función Jurisdiccional, la Constitución y las leyes han debido reconocer a los Tribunales de Justicia la debida independencia. Así lo dispone el art. 73 de la Constitución Política de la República, y el art. 12 del Código Orgánico de Tribunales. Además, de acuerdo con el art. 222 del Código Penal, constituye un delito la circunstancia de que un empleado del orden administrativo se arroge atribuciones judiciales.

Pero, junto con consagrar esta independencia, la legislación ha establecido la responsabilidad de los jueces por los actos ejecutados en el desempeño de sus cargos ⁴⁵.

Mediante este principio, se pretende obtener en la Función Jurisdiccional una garantía de los derechos de las personas, a la vez que un freno a los posibles abusos de este órgano del Es-

⁴³ A. Avsolomovich: *op. cit.*, p. 70.

⁴⁴ El principio de organización jerárquica de los Tribunales tiene importancia en una infinidad de otras materias; así, sirve para determinar la competencia, la procedencia de los recursos procesales, se vincula con las facultades disciplinarias, etc.

⁴⁵ A. Avsolomovich: *op. cit.*, p. 56.

tado. De no existir este principio, la Función Jurisdiccional se transformaría en un poder despótico e injusto.

La responsabilidad de los Funcionarios Judiciales no constituye en rigor un bien jurídico específicamente protegido por alguna figura de la prevaricación. En verdad, informa y da vida a estos delitos; constituye su fundamento Constitucional y legal. Por ello, aparece indisolublemente unido a los otros principios a que hemos hecho referencia.

Ahora bien, la responsabilidad de los jueces por los actos de su ministerio puede ser de varias clases:

1) *Responsabilidad Penal*: es aquella en que incurre un juez por delitos cometidos en el desempeño de su cargo.

Esta clase de responsabilidad ha sido reconocida por la Constitución Política de la República en el art. 76, y por la ley procesal, en el art. 324 del Código Orgánico de Tribunales. Es la más importante para los efectos de nuestro trabajo y se traduce en una serie de delitos conocidos bajo el nombre genérico de prevaricación.

Por consiguiente, si un funcionario judicial incurre en algún hecho u omisión sancionado como delito en el párrafo 4 del Título V del libro II del C. Penal, quedará sujeto a la pena establecida por la ley para esa figura. De acuerdo con el art. 76 de la Constitución Política de la República, los delitos comprendidos en el término prevaricación son: el cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y torcida administración de justicia, y, en general, cualquier delito que de acuerdo con la ley puede ser calificado de prevaricación.

Ahora bien, el legislador parece haber sido extremadamente cauteloso al tratar de la responsabilidad de los funcionarios judiciales. En efecto, ante la posibilidad de que se deduzcan acusa-

ciones injustas en contra de los magistrados judiciales, ha establecido una serie de limitaciones y barreras que tiendan a evitar estas situaciones; algunas son de carácter sustantivo y especifican ciertos principios generales que rigen en materia penal, mientras que otras son de naturaleza procesal. Por otra parte, la multiplicación de acusaciones en contra de los jueces y demás funcionarios judiciales, se traduciría, en la práctica, en la negación de la Función Jurisdiccional.

Los jueces necesitan saber la manera precisa en que deben desempeñar su cargo, conocer sus deberes y prohibiciones, de modo que sepan objetivamente a qué atenerse; de lo contrario, éstos estarían permanentemente temerosos de delinquir, lo que se traduciría en un entramamiento de la Función. De allí que, en general, estas limitaciones sean adecuadas y convenientes dentro de un sistema como el nuestro. Las principales normas que se refieren a ello son:

En primer lugar, de acuerdo con el art. 13 del Código Orgánico de Tribunales, las decisiones o decretos que los jueces expidan en los negocios de que conozcan, no les impondrán responsabilidad sino en los casos expresamente determinados por la ley. Se trata de un precepto genérico, aplicable a cualquier clase de responsabilidad. En lo que se refiere a la responsabilidad penal, constituye, a nuestro juicio, un refuerzo al principio de tipicidad contemplado en el art. 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política de la República.

En segundo término, de conformidad con el art. 328 del Código Orgánico de Tribunales, ninguna acusación o demanda civil entablada contra un juez para hacer efectiva su responsabilidad criminal, podrá ser admitida a tramitación sin que previamente sea calificada de admisible por el juez o tribunal llamado por la ley a conocer de ella.

Por consiguiente, a los jueces no se les puede someter a proceso por un delito ministerial sin que exista, en forma previa, un antejuicio llamado "Querrela de Capítulos" para determinar si es o no admisible la acusación, y sólo en el primer caso se procederá contra el magistrado. La reglamentación de este procedimiento de Querrela de Capítulos se encuentra en los arts. 623 a 634 del Código de Procedimiento Penal.

El fundamento de esta institución, es rodear al juez de la mayor garantía, frente a los embates de aquellos que, descontentos con un fallo, buscan una venganza en la persona de quien lo dictó⁴⁶.

En tercer lugar, de acuerdo con el artículo 329 del Código Orgánico de Tribunales, no puede hacerse efectiva la responsabilidad criminal o civil en contra de un juez mientras no haya terminado por sentencia firme la causa o pleito en que se supone causado el agravio. Esta disposición debe complementarse con la expresada en el art. 330 inciso 1º primera parte, y con la del art. 331, ambas del mismo Código. Según la primera, para deducir acusación o demanda civil en contra de un juez para hacer efectiva su responsabilidad ministerial, es necesario que se hayan entablado oportunamente todos los recursos que la ley franquea para la reparación del agravio causado. La segunda disposición señala que ni en el caso de la responsabilidad criminal, ni en el caso de la civil, la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad, alterará la sentencia firme.

A nuestro juicio, estos tres preceptos apuntan hacia la misma idea: evitar que se emplee la vía de la responsabilidad ministerial como medio para impugnar una resolución o para obtener la reparación de un agravio de carácter meramente procesal; para ello, la

ley establece los recursos procesales pertinentes.

En cuarto y último término, el art. 330 inciso primero segunda parte del C. Orgánico de Tribunales dispone que no puede deducirse acusación o demanda civil contra un juez para hacer efectiva su responsabilidad criminal o civil, si han transcurrido seis meses desde que se hubiere notificado al reclamante la sentencia firme recaída en la causa en que se supone inferido el agravio. Para las personas que no sean las directamente ofendidas o perjudicadas por el delito del juez, el plazo se empieza a contar desde la fecha en que se pronunció sentencia firme.

A nuestro juicio, el establecimiento de un plazo de prescripción tan breve tiene por objeto impedir que un juez pueda verse amenazado por una posible querrela o demanda de esta naturaleza, durante un período muy largo. Se trata, en consecuencia, de otorgar una mayor convicción o seguridad al juez en el desempeño de su cargo, sancionando con la inadmisibilidad al querellante o denunciante que no interpone su acción en tiempo oportuno.

2) *Responsabilidad Civil*: es aquella en que puede incurrir un juez por los daños o perjuicios que cause, a virtud de una conducta dolosa o culposa en el ejercicio de su cargo.

La responsabilidad civil se rige también por los preceptos legales antes mencionado. Además, el art. 327 del C. Orgánico de Tribunales establece la responsabilidad solidaria de todos los jueces que hubieren cometido el delito o concurrido con su voto al hecho o procedimiento de que ella nace.

En lo demás, se aplican las reglas generales que existen respecto de la responsabilidad civil.

3) *Responsabilidad Política*: ciertos miembros de los órganos jurisdic-

⁴⁶ A. Avsolomovich: *op. cit.*, p. 56.

cionales se encuentran afectos a responsabilidad política de acuerdo a nuestra Constitución.

El art. 48 N° 2 letra b de la C.P.R. establece que constituye una atribución de la Cámara de Diputados declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de los magistrados de los tribunales superiores de justicia por notable abandono de sus deberes. La acusación formulada por la Cámara de Diputados es conocida por el Senado, al tenor del art. 49. El efecto fundamental de la declaración de culpabilidad es que el acusado queda destituido de su cargo, y no puede desempeñar ninguna función pública por el término de cinco años.

4) *Responsabilidad Disciplinaria*: los jueces son también responsables en el desempeño de sus funciones, respecto de los órganos que les son jerárquicamente superiores, dentro de la propia organización judicial. A esta materia se refiere el título XVI del Código Orgánico de Tribunales, que trata de la Jurisdicción Disciplinaria.

El art. 79 de la Constitución Política otorga a la Corte Suprema la superintendencia directiva correccional y económica sobre todos los tribunales de la Nación, salvo las excepciones que el mismo artículo consagra.

Conclusión

De conformidad con todo lo que hemos expuesto en este capítulo, podemos sintetizar nuestro punto de vista en los siguientes términos:

a) La prevaricación de los funcionarios judiciales, como delito establecido en el Título V del Libro II del C. Penal, participa del bien jurídico que es común a todas las figuras de este título: "la recta Administración Pública".

b) En el caso de la prevaricación, este interés legalmente tutelado adopta la variante de "recta administración de justicia", en atención a la naturaleza de la función pública aquí protegida.

c) El concepto de la recta administración de justicia supone, en la práctica, la observancia de un conjunto de principios o deberes (legalidad, probidad, jerarquía y responsabilidad), que integran las Bases Generales de la Administración de Justicia. Las distintas figuras de la prevaricación de los funcionarios judiciales se diferencian entre sí en atención al principio o deber inmediatamente amparado.

d) Tratándose de las figuras de la prevaricación propiamente tal (arts. 223 N° 1, 224 N° 1 y 225 N° 1), el bien jurídico inmediatamente tutelado es el principio de legalidad, en su aspecto de "legalidad de los fallos".