

LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE TUTELA PENAL*

LUIS RODRÍGUEZ COLLAO¹
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El trabajo está orientado a determinar si el concepto de *función pública* es un parámetro utilizable para llevar a cabo una sistematización de aquellos delitos que implican un incorrecto desempeño de los cometidos estatales. En este sentido, plantea que la *función pública* admite ser considerada como objeto de tutela en un grupo importante de los delitos que contempla el Título V del Libro II del Código Penal, como así también en varios de los delitos que integran el Título IV del Libro II, del mismo Código. El trabajo postula que la noción de *función pública* es compatible con una concepción del derecho penal que

ABSTRACT

This paper aims at determining whether the concept of *public function* is a parameter that can be used to carry out a systematization of those offenses which imply an incorrect performance of the State's mission. In this sense, it puts forward that the *public function* can be considered a guardianship object in an important set of offenses included in Title V, Book II, of the Penal Code as well as in several offenses included in Title IV, Book II, of the same Code. This article suggests that the notion of public function is compatible with a conception of the criminal law that emphasizes the need to link the guardianship object

* Este trabajo ha sido escrito en el marco del proyecto de investigación N° 1020657, sobre el tema La protección penal de la fe pública y de las funciones estatales, desarrollado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, bajo el patrocinio de FONDECYT, durante los años 2002 - 2004.

¹ Catedrático de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Avenida Brasil 2950. Valparaíso, Chile. Correo electrónico: lrodrig@ucv.cl

enfaticamente la necesidad de vincular el objeto de tutela con la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales del individuo. Plantea, asimismo, que para efectos penales la noción de *función pública* admite un sentido amplio que incluye tanto la actividad administrativa, como las funciones legislativa y jurisdiccional, si bien cada una de ellas presenta particularidades que hacen aconsejable determinar cómo se manifiesta el atentado contra dicho interés en los diversos delitos que integran este sector del ordenamiento penal.

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

with meeting a person's material and spiritual needs. Likewise, it sets forth that, for penal reasons, the notion of *public function* admits a wider sense that includes both the administrative activity and legislative and jurisdictional functions, although each presents specifications which make it advisable to determine how the attempt against the public function is manifested in the different offenses that integrate this section of the legal system.

KEY WORDS: Public administration – Public function – Offenses committed by public officials – Offenses committed by ministries – Offenses against the administration of justice – Offenses against the public function.

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

Este esquema de sistematización –que predominó durante el período de la Codificación penal, particularmente en España a Iberoamérica– aún subsiste en varios países, aunque con ciertas matizaciones. El Código Penal español de 1995, por ejemplo, creó un apartado especial para los *Delitos contra la Administración Pública* y otro para los *Delitos contra la Administración de Justicia* (Títulos XIX y XX, respectivamente), trasladando al segundo las figuras de prevaricación judicial que tradicionalmente habían formado parte del grupo de los delitos cometidos por funcionarios públicos, denominación esta última que simplemente fue desechada². Se mantuvo, sin embargo, un apartado destinado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (Capítulo V, del Título XXI)³.

En Chile, durante la tramitación de la ley 19.645, de 1999, que introdujo importantes modificaciones en este sector del ordenamiento penal, la discusión parlamentaria se hizo cargo del tema de la denominación de estos delitos. Así, en lo que respecta al concepto de *función pública* como parámetro para delimitar el objeto de tutela de los delitos funcionarios, el Ejecutivo propuso modificar la rúbrica del Título V, que pasaría a ser *De los Delitos contra la Función Pública*. Con ello se pretendía reunir estas conductas delictivas a partir de la noción de bien jurídico, evitando así su agrupación en torno a la figura del sujeto activo, como había ocurrido –y sigue ocurriendo– en nuestro Código, pero esta propuesta fue rechazada en el Congreso⁴. De manera, entonces, que salvo ciertas modificaciones introducidas en algunos delitos, como por ejemplo el cohecho, y la inclusión de algunas conductas que antes no figuraban en nuestro Código, como el tráfico de influencias y el uso de información privilegiada, en sus aspectos medulares la regulación y la sistematización de esta clase de infracciones sigue siendo la misma tras la reforma legal del año 1999.

En este contexto normativo, intentaremos determinar aquí si el concepto de *función pública* es un parámetro utilizable para los efectos de llevar a cabo una reconstrucción dogmática de este sector del ordenamiento punitivo; cuál es el alcance que corresponde atribuirle a la luz del derecho chileno y la forma en que ella se proyecta en las distintas figuras delictivas que tienden a la tutela de aquel interés.

² Esta forma de proceder es mucho más acorde con el hecho de que la actividad prestacional de la Administración no sólo puede ser afectada por quienes poseen la calidad de funcionarios, sino también por particulares; y, en todo caso, contribuye a erradicar el sesgo autoritario que tradicionalmente caracterizó a este grupo de delitos. En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, en GIMENO - QUERALT - MARTÍN: *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995* (Madrid, 1997), pp. 417 - 419.

³ Sobre el alcance de estas modificaciones, Cfr. MORALES PRATS, F. - RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Delitos contra la Administración Pública*, en QUINTERO OLIVARES (Dir.). *Comentarios al nuevo Código Penal* (Pamplona, Aranzadi, 2001), pp. 1845 - 1849.

⁴ Cfr. VERA VEGA, J., *El delito de tráfico de influencias* (Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2004), pp. 29 - 30.

II. DISCUSIÓN EN TORNO A LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el estado actual de la teoría del bien jurídico, la discusión en torno a este elemento suele enfocarse a partir del principio de *lesividad* o de *ofensividad*. Dicho en términos muy generales, este principio implica que la legitimidad de la intervención punitiva depende de que ella efectivamente se oriente a la tutela de un bien jurídico. Pese a las profundas discrepancias que es posible advertir en cuanto a la delimitación de este último concepto, como asimismo respecto de su utilidad y de sus fundamentos, entendemos, sin embargo, que existe un alto grado de consenso en relación con varios puntos⁵.

Primero, en orden a la conveniencia de mantener dicha noción como categoría sistemática, por ser consustancial a un esquema del derecho penal verdaderamente garantista y democrático⁶; y porque la idea de bien jurídico, en cuanto ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones, conduce a una política criminal racional⁷.

En segundo lugar, entendemos que también hay acuerdo sobre el imperativo de propender a una concepción *personalizada* del objeto de tutela penal, lo cual se traduce en que sólo pueden ser elevados a la condición de bien jurídico protegido, aquellos intereses que sean inherentes a la persona o que fueren necesarios para su cabal desarrollo espiritual o material. En otras palabras, se acepta que este proceso de *privatización* del Derecho penal ha de regirse por el principio de individualización de la ofensa, debiendo seleccionarse como bienes jurídicos penales sólo aquellos valores cuya vulneración representa la infracción de un interés reconducible directa o indirectamente al individuo⁸.

⁵ Para una exposición crítica acerca de la *postura escéptica* y sobre su relación con las llamadas *corrientes funcionalistas*, GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*. (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1996), pp. 50 - 51. Sobre el mismo tema, Cfr., también, HASSEMER, W., *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, en *Doctrina Penal*, año 12 (abril - septiembre 1989) N° 46 - 47, pp. 279 - 280. Sobre la controversia entre quienes asignan a la noción de bien jurídico un fundamento sociológico y entre quienes le asignan una base constitucional, puede consultarse la completa exposición de PORTILLA CONTRERAS, G., *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 13 (U. Externado de Colombia, 1991), N° 43, pp. 22 - 29.

⁶ Cfr. MANTOVANI, F., *Principi fondamentali del diritto penale della libertà*, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 14 (U. Externado de Colombia, mayo - diciembre, 1992) N° 48, pp. 27 - 28; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè, 2000), pp. 228 - 230.

⁷ En este sentido, HASSEMER, W. - MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1989), p. 105. En relación con el rol limitativo del poder estatal que desempeña la noción de bien jurídico, con énfasis en determinadas áreas del ordenamiento penal, Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general* (Trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995), pp. 50 - 51.

⁸ En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G., *Principio de intervención mínima*, cit. (n. 5), pp. 30 - 40. Cfr. FERRAIOLI, L., *El Derecho penal mínimo* (trad. R. Bergalli), en BUSTOS RAMÍREZ (Dir.), *Prevención y teoría de la pena*. (Santiago, ConoSur, 1995), pp. 39 - 40. Con referencia al tema que nos ocupa, MANES, V., *Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública*, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* (2000), pp. 1 - 5.

En tercer lugar, si bien se acepta que la condición de bien jurídico penal puede ser asumida tanto por intereses individuales, como por ciertos valores colectivos, en uno y otro caso la legitimidad de la intervención penal se encuentra supeditada a que el bien de que se trate efectivamente sea instrumental al individuo, desde el punto de vista de sus posibilidades de realización personal⁹. En este sentido, es muy ilustrativa la distinción que efectúa Mantovani entre bienes-fin, representados básicamente por los derechos fundamentales de la persona, y bienes-medio, expresión que alude a los intereses supraindividuales, que fueren necesarios para una adecuada tutela de la dignidad y del pleno desarrollo de la persona¹⁰. El fundamento de este planteamiento –según la opinión de Hassemer– es una concepción liberal del Estado, en la que éste no es un fin en sí mismo, sino un instrumento que debe fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre¹¹.

Por último, situándonos en el plano de la necesaria sujeción del concepto de bien jurídico a la preceptiva constitucional, también existe un elevado nivel de consenso en que el legislador no está obligado a tutelar penalmente todos los valores que la Carta Fundamental consagra, ni a sancionar en sede penal todos los ataques de que pueda ser objeto un interés, por mucho que éste aparezca constitucionalmente garantizado¹².

Ahora bien, el principio de lesividad no constituye una simple aspiración de la doctrina científica, ni una mera recomendación político-criminal que la autoridad legislativa pueda, a su arbitrio, acoger o rechazar. Todo lo contrario, es un imperativo constitucional que deriva de la propia noción de dignidad de la persona. El ser humano, por su condición de tal, posee un “núcleo de libre desarrollo de la personalidad en el que la coacción estatal no puede penetrar” y ese núcleo, por cierto, no se respetaría “si se castigaran simples actitudes internas o hechos exteriores carentes de lesividad”¹³. Desde otra perspectiva, en cuanto la imposición de una pena también importa un atentado –claro que lícito– en contra del valor de la dignidad humana, la legitimidad del ejercicio de la potestad punitiva supone que ésta se ejerza del modo más restrictivo posible, y la medida de esto último sólo puede darla el hecho de existir un bien jurídico necesitado de protección.

Lo anterior, porque el principio de autonomía del individuo –una manifestación consustancial al valor de la dignidad humana–, implica la necesidad de reconocer a la persona una capacidad de realización material y espiritual. Así lo

⁹ Cfr. MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. (Barcelona, Ariel, 1994), pp. 159 - 165.

¹⁰ MANTOVANI, F., *Principi fondamentali*, cit., n. 6, p. 16.

¹¹ HASSEMER, W., *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, cit. (n. 5), pp. 281 - 284.

¹² En ambos sentidos, MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. (n. 9), pp. 159 - 165. Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General* (Trad. Luzón Peña - Díaz y García Conlledo - De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997), I, pp. 64 - 65.

¹³ COBO DEL ROSAL, M. - VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal. Parte General* (Valencia, Guada, 1984), I, p. 66.

declara expresamente el artículo 1º de la Constitución chilena, el cual, tras reconocer en el inciso primero el valor de la dignidad humana, dispone en el inciso cuarto que “el Estado está al servicio de la persona” y que es deber de los órganos estatales “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. De modo que la tarea de selección de los bienes jurídicos necesitados de protección penal –y básicamente porque la propia pena importa restricción de derechos fundamentales– sólo puede considerarse legítima a condición de que se trate de intereses cuya conservación efectivamente aparezca orientada a posibilitar o favorecer la realización espiritual y material del individuo; o, por decirlo con otras palabras, que apunte de modo efectivo a salvaguardar la dignidad del ser humano.

Sin embargo, la exigencia de lesividad no significa que la afectación del bien jurídico sea el único factor determinante del surgimiento de responsabilidad penal o de la gravedad de la pena asignada al delito. Al tipificar un comportamiento humano, o al establecer cualquier consecuencia penal, el legislador no ha de considerar únicamente el desvalor que va implícito en la afectación del bien jurídico –esto es, el desvalor de resultado–, sino que también ha de tomar en cuenta la gravedad que encierra la actuación del sujeto activo, es decir, el desvalor de la acción descrita en el tipo¹⁴. Como lo ha puesto de manifiesto Quintero Olivares, una cuidadosa valoración de la forma y de las circunstancias en que se lesiona o pone en peligro un bien jurídico, también es condición insoslayable para la plena vigencia y resguardo del principio de dignidad de la persona; y, al mismo tiempo, una derivación de éste¹⁵.

III. DISTINTAS POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En un intento por determinar un bien jurídico común a los distintos delitos del Título V del Libro II del Código Penal –que la doctrina normalmente denomina *funcionarios* o *ministeriales*– algunos autores han planteado que en todos ellos subyace la idea de infracción a un deber personal de corrección y probidad pesa sobre quienes ejercen un cometido de especial relevancia social, como lo es la función pública; mientras que otros sostienen que lo tutelado sería el prestigio de la Administración o la confianza que el público deposita en ella¹⁶; y no faltan quienes sostienen que la protección penal está dirigida a mantener la autoridad estatal¹⁷.

En relación con lo primero, cabe argumentar que en un Estado democrático

¹⁴ En general sobre el tema, Cfr. DE LA FUENTE, F., *Relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado en la fundamentación de la responsabilidad penal*, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 15 (1995), pp. 217 - 224.

¹⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España* (Pamplona, Aranzadi, 1998), p. 90.

¹⁶ BACIGALUPO, E., *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, en *Documentación Jurídica* (1983), p. 386.

¹⁷ VILLADA, J., *Delitos contra la función pública* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999), p. 34.

—como ya lo hemos señalado—, la ley no puede criminalizar el simple incumplimiento de deberes personales, si esto último no tiene un correlato en la afectación de los derechos o de las legítimas expectativas de la ciudadanía, de manera que la tradicional apelación al deber de lealtad funcionaria no puede significar otra cosa que la necesaria sumisión del agente público a la ley en el cumplimiento de objetivos de interés general¹⁸. En otras palabras, lo protegido no es el vínculo jurídico existente entre la Administración y las personas que de ella dependen, sino el propio desempeño de la *función pública*, por ser esto lo que puede llegar a afectar —en términos de perjuicio o beneficio— a la ciudadanía¹⁹. Asimismo, el prestigio de la Administración, la confianza que los ciudadanos depositan en ella e incluso la subsistencia de la autoridad estatal, no son más que consecuencias del correcto desempeño de la función administrativa, que es lo que el Estado específicamente intenta preservar a través de la tipificación de estos delitos.

Como lo ha puesto de manifiesto Asúa Batarrita, no pueden mantenerse como objeto de protección en sí mismos el “prestigio” de las instituciones, ni siquiera la “confianza” de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de éstas. Las referencias al prestigio o a la dignidad pueden resultar equívocas si no se les asocia a lo que debe ser la fuente del prestigio institucional, esto es, su adecuado funcionamiento conforme a parámetros constitucionales. De modo que el prestigio y la confianza de la generalidad en sus instituciones deben entenderse como efecto derivado del correcto funcionamiento de la actuación administrativa. Un prestigio a costa del ocultamiento de irregularidades, o una confianza del público ignorante de los niveles de corrupción interna pueden ser funcionales para el desarrollo de un sistema opaco, que es precisamente lo contrario a las exigencias de transparencia y de sumisión a legalidad impuestas por la Constitución. Lo anterior, sin embargo, no impide que la importancia de ese efecto de confianza en las instituciones pueda ser tomada en cuenta para valorar la gravedad de los efectos de la conducta delictiva al momento de efectuar una graduación de la pena²⁰.

En el otro extremo, es ampliamente mayoritaria la posición que sostiene que el bien jurídico protegido por estos delitos es la Administración Pública, entendida no en su aspecto orgánico, sino como una actividad de servicio del Estado frente a los ciudadanos. El recto funcionamiento de la Administración, desde luego, depende de factores internos, es decir, referidos a la organización del ente administrativo y a las relaciones entre este último y los funcionarios públicos;

¹⁸ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político - criminales, criterios de interpretación delimitación respecto de la potestad disciplinaria*, en ASÚA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997), p. 20.

¹⁹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruiz* (Valencia, 1997), II, pp. 367 - 368.

²⁰ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, cit. (n. 18), pp. 20 - 22.

sin embargo, la protección penal de aquel interés no puede circunscribirse a la sola mantención de un cierto orden interno, si no existe, por lo menos, la posibilidad de afectación de los intereses de los administrados²¹. Por otra parte, existe consenso en que la protección brindada a la función estatal no se circunscribe a lo que en el ámbito del Derecho administrativo forma parte del concepto de Administración Pública, sino que se extiende también a la actividad desplegada por los órganos legislativo y jurisdiccional²².

IV. SOBRE LA NOCIÓN DE CORRECTO DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Frente al derecho chileno, si bien es cierto que la noción de correcto desempeño de la función pública permite explicar el sentido de protección de la totalidad de las figuras del Título V del Libro II del Código Penal, no debe perderse de vista que aquél es un bien jurídico de naturaleza institucional o supraindividual, que se estructura sobre la base de caracteres esencialmente normativos, los cuales varían ostensiblemente de un delito a otro. De ahí la necesidad de precisar, frente a cada tipo, el aspecto concreto que se pretende tutelar, el que puede ser, dependiendo del caso: decisión conforme a legalidad; actuación conforme a un fin determinado; observancia de la objetividad; preservación de la imparcialidad; coordinación jerárquica en aras de la eficacia; actuación conforme a garantías procedimentales, etc.²³.

Los bienes jurídicos institucionales tienen carácter instrumental en relación con la satisfacción de los intereses que justifican la existencia de la institución que se tutela y la prohibición de alterar las condiciones de un subsistema organizativo se fundamenta en su finalidad de garantizar expectativas de participación social o de ejercicio de derechos; el bien jurídico así configurado aparece como un adelanto de la tutela de intereses individuales. En este contexto, la distinción entre las nociones de lesión o de peligro para el bien jurídico, que respecto de bienes jurídicos individuales puede delimitarse con nitidez, no puede ser establecida con la misma claridad en relación con los bienes de corte institucional²⁴. En los delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales la noción de lo que sea lesión o peligro del bien jurídico no puede entenderse como destrucción o inminente peligro de pérdida de condiciones determinadas. Por ejemplo, una decisión arbitraria o injusta (prevaricación administrativa) afecta al funcionamiento conforme a legalidad, pero no implica que la Administración como institución haya perdido su objetividad o la imparcialidad.

²¹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, (Barcelona, Bosch, 2000), pp. 19 - 20.

²² Cfr. MORALES PRATS - RODRÍGUEZ PUERTA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit. (n. 3), p. 1845.

²³ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, cit. (n. 18), p. 22.

²⁴ Cfr. MANES, V., *Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública*, cit. (n. 8), pp. 5 - 7.

El acto aislado, salvo casos de extraordinaria gravedad, no tiene capacidad para conmovir de forma decisiva el funcionamiento prevalentemente correcto de la institución. Es la reiteración o la frecuencia de esos actos lo que conduce a una pervisión importante de las funciones que la Administración debe cumplir. El deterioro institucional proviene de la suma de agresiones o vulneraciones; la necesidad de evitar la extensión de éstas puede requerir la incriminación penal de las conductas que no conllevan una intensa potencialidad lesiva consideradas individualmente, pero que conforme a la experiencia se constata que su propagación conduce a una grave alteración de la institución que pretende protegerse²⁵.

En suma, al hablar de función pública aludimos al correcto funcionamiento de la Administración pública, esto es, la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del Estado social y democrático de Derecho. En particular, ello se concreta en los principios de objetividad, imparcialidad y eficacia que informan la actuación de los órganos estatales²⁶.

V. CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Es éste uno de los sectores del ordenamiento penal en que con mayor insistencia se plantea la necesidad de propender a la desincriminación de algunas conductas que tradicionalmente han formado parte del catálogo de delitos. En términos generales, se considera que la erradicación de las prácticas corruptas en el ámbito de la Administración requiere que los medios para combatirla sean racionales y eficaces; estimándose que esto último no viene dado por la drasticidad, sino por la oportunidad, la practicabilidad y la inmediatez de la reacción ante una situación irregular²⁷. Así, es prácticamente unánime el planteamiento según el cual la intervención del derecho penal ha de tener carácter subsidiario frente a un espectro muy amplio de acciones preventivas y represivas, entre las que sobresale el ejercicio de la potestad de control –administrativa y jurisdiccional– y de la potestad disciplinaria. A esta conclusión se llega tras comprobar la ineficacia de la sanción penal para luchar en contra de las conductas que se consideran indeseables desde el punto de vista del correcto desempeño de la función administrativa²⁸.

²⁵ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, cit. (n. 18), pp. 22 - 24.

²⁶ En este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias*, en ORTS BERENGUER (dir.), *Delitos de los funcionarios públicos* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994), pp. 201 - 209; CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias* (Barcelona, Cedecs, 1997), p. 103; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*, Apéndice a *Derecho Penal. Parte Especial* (8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991).

²⁷ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, cit. (n. 18), pp. 26 - 27.

²⁸ MUSCO, E., *A propósito de la tutela penal de la Administración Pública*, en *Revista Penal La Ley*, N° 9 (enero 2002), p. 105.

También existe consenso en que la regulación de esta clase de delitos se encuentra condicionada por la noción de Estado social y democrático de derecho, una de cuyas principales manifestaciones es que los órganos estatales se encuentran al servicio de la persona. De este modo, se considera que la *función pública* sólo puede ser entendida en razón de la necesidad de satisfacer las aspiraciones de los miembros del cuerpo social; y que los delitos que tienden a su protección, no pueden estar inspirados en la idea de proteger a la Administración en cuanto tal, sino que a ésta en tanto instrumento al servicio de los ciudadanos²⁹. Así, se estima que la conducta penalmente relevante es aquella que genera al menos un peligro para el ejercicio o la vigencia de un derecho subjetivo o de una expectativa legítima de una persona frente a la Administración; y no son pocas las opiniones que plantean la necesidad de incorporar, como elemento del tipo en esta clase de delitos, el resultado de afectación de los intereses de un individuo, sea bajo la forma de una lesión o de una puesta en peligro³⁰.

Es, en consecuencia, muy positivo que el legislador chileno optara por establecer un sistema extra-penal de combate en contra de la actividad corruptiva al interior de la Administración, el que se materializó con la dictación de ley N° 19.653, sobre *probidad administrativa*; pues, al margen de las críticas que dicho sistema pudiere merecer, su sola existencia constituye un explícito reconocimiento sobre el carácter subsidiario del derecho penal, en este ámbito específico de la criminalidad. Lo mismo cabe decir respecto de la supresión de los tipos sobre anticipación y prolongación indebida de funciones, que anteriormente constituían el párrafo 1° del Título V y cuya subsistencia venía criticando desde hacía tiempo la doctrina³¹, básicamente por incidir en una relación administrativa interna, carente de lesividad respecto de una persona en concreto.

Entre los tipos que aún perviven dentro del Título, hay también algunos que en concepto de los autores no deberían formar parte del catálogo de delitos. Entre ellos, parece existir consenso sobre la figura de aplicación pública diferente, del artículo 236, cuyo único fundamento es la desobediencia a una instrucción impartida por la autoridad superior, sobre la forma en que han de ser invertidos ciertos fondos, al margen de que haya realmente perjuicio pecuniario o una traba impuesta al buen funcionamiento de la Administración. Lo mismo cabe decir en relación con el delito de negociaciones incompatibles del artículo 240, respecto del cual la doctrina considera que no es más que una forma de castigar criminalmente la mera sospecha de haberse producido una malversación³².

²⁹ MORALES PRATS - RODRÍGUEZ PUERTA, *Delitos contra la Administración pública*, cit. (n. 3), p. 1846.

³⁰ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, cit. (n. 18), p. 25.

³¹ Por ejemplo, CURY, E., *Contribución político - criminal al estudio de los delitos funcionarios*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13 (1986), p. 298.

³² *Ibidem*, pp. 300 - 301.

Por lo que respecta a la estructuración sistemática de estos delitos, en España e Iberoamérica, la tendencia apunta a la sistematización de todos ellos en torno al bien jurídico que se pretende lesionar y no en torno a la figura del sujeto activo, como había sido costumbre hasta ahora. Así, las legislaciones tienden a abandonar la clásica denominación de Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, como la que utiliza nuestro Código, para reemplazarla por rúbricas más acordes con los objetivos político-criminales anteriormente aludidos, como, por ejemplo, Delitos contra la Administración pública (Argentina, España). Esta forma de proceder es mucho más acorde con el hecho de que la actividad prestacional de la Administración no sólo puede ser afectada por quienes detentan la calidad de funcionarios, sino también por particulares; y, en todo caso, contribuye a erradicar el sesgo autoritario que tradicionalmente caracterizó a este grupo de delitos³³.

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

En relación con este último grupo de delitos, en el ámbito del Derecho español e iberoamericano, la gran mayoría de los autores considera que el objeto de tutela penal es la Administración de Justicia, entendida como la actividad o función que ejerce el Poder Judicial, por mandato constitucional³⁴. No se trata, entonces, de la vertiente institucional de la jurisdicción, en tanto persona jurídica, sino en cuanto función o servicio propios del Estado³⁵; más concretamente, de “los intereses que conciernen al normal funcionamiento del órgano jurisdiccional, el respeto de la autoridad de sus decisiones y la sujeción de los ciudadanos a la jurisdicción, todos los cuales se garantizan contra determinados hechos susceptibles de obstaculizar la autoridad judicial o que tratan de eludir los pronunciamientos judiciales o de desconocer el funcionamiento de la jurisdicción”³⁶. Similar criterio predomina en la doctrina italiana³⁷; e, incluso, como acertada-

³³ QUERALT JIMÉNEZ: *Delitos contra la administración pública*, cit. (n. 2), pp. 417 - 419.

³⁴ En palabras de MAGALDI PATERNOSTRO, M. J. - GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*, en *Documentación Jurídica*, 37 - 40 (1980), p. 412, es “la función estatal de administrar justicia que se desempeña, de modo exclusivo por los integrantes del llamado Poder Judicial a través de los cauces de un proceso”. En el mismo sentido, BACIGALUPO, E., *Sobre la reforma de los delitos funcionarios*, cit. (n. 16), p. 1099; BENÍTEZ ORTÚZAR, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional* (Madrid, Marcial Pons, 1999), p. 29; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte especial* (Barcelona, Ariel, 1991), p. 355; ORTIS BERENQUER, E., en Vives Antón (et. al.), *Derecho penal. Parte especial*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996), p. 724.

³⁵ GOYENA HUERTA, J., *La prevaricación*, en HERNÁNDEZ GARCÍA (et al.), *Los delitos contra la Administración de Justicia* (Elcano, Navarra, Aranzadi, 2002), p. 20.

³⁶ CANTARERO BANDRÉS, R.: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial* (Madrid, Trotta, 1995), p. 26.

mente constata Guzmán Dalbora, la admisión doctrinal de una categoría de delitos vinculada con el ejercicio de la función jurisdiccional es virtualmente unánime, incluso entre autores —como los penalistas alemanes— que trabajan sobre la base de Códigos que no asignan un ámbito diferenciado ni epígrafes especiales al tema³⁸.

Frente a la interrogante de si es necesario dotar de autonomía a este grupo de infracciones, frente al conjunto de delitos que atentan contra las funciones estatales, la doctrina suele responder en términos afirmativos. Ello obedece, básicamente a que la actividad jurisdiccional se desarrolla en el ejercicio de un fin autónomo frente a las de la Administración, como conjunto de tareas del Estado. Aún más, la propia Administración puede verse sujeta a la Administración de Justicia tanto como el sujeto individual, lo cual también ha de ser considerado en pro de la tesis autonómica³⁹.

Algunos autores piensan que hay delitos como la arrogación de funciones judiciales por funcionario administrativo y la denegación de auxilio a la justicia por funcionario, respecto de los cuales resulta tan defendible su inclusión en este apartado, como entre los delitos contra la administración pública. Por lo demás, la posibilidad de que atentados contra los órganos jurisdiccionales —y en contra de sus competencias y decisiones— hayan figurado entre los delitos contra la función pública o de funcionarios en el ejercicio de sus cargos, no hace sino corroborar la posibilidad de entender la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública, aunque por lo especialísimo de la función se justifique el tratamiento penal separado⁴⁰.

VI. MANIFESTACIONES DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Ya hemos manifestado que es necesario precisar el aspecto concreto de la función pública que cada tipo pretende tutelar. Ante la imposibilidad de llevar a cabo un examen más exhaustivo, veamos a título meramente ejemplar algunos delitos en los cuales se concreta la diversidad de contenido de aquel interés.

En relación con el delito de cohecho, no sólo se ha discutido cuál es el objeto de tutela, sino también si el bien jurídico protegido por la conducta del funcionario y la del particular es uno solo o si, por el contrario, ambas clases de cohe-

³⁷ Cfr., por todos, PAGLIARO, A., *Principi di Diritto Penale. Parte speciale* (Milán, Giuffrè, 2000), II, pp. 3 - 5.

³⁸ GUZMÁN DALBORA, *La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica*, en ARROYO ZAPATERO - BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (Cuenca, U. de Castilla La Mancha - U. de Salamanca, 2001), II, p. 230.

³⁹ CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, cit. (n. 36), p. 25. En el mismo sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, cit. (n. 34), p. 29.

⁴⁰ MAGALDI, M. J. - GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la administración de justicia ante la reforma penal*, n. 34, p. 413. Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, L., *Sobre la tutela de la función jurisdiccional*, en *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 25 (2003), pp. 425 - 429.

cho buscan cautelar intereses diferentes. En España, dentro de quienes, minoritariamente, sostienen que el cohecho del funcionario y el cohecho del particular protegen bienes jurídicos distintos, destaca Casas Barquero, quien afirma que “en el delito de cohecho cometido por el funcionario el objeto de tutela está constituido por el deber básico inherente a la condición de todo funcionario público, cual es el relativo al fiel desempeño de la función del cargo [...]. De manera correlativa con el alcance del deber funcional, se trata de tutelar penalmente además la confianza, consustancial a la titularidad de la función, que en el titular de la misma se deposita por el Estado y por la propia sociedad en general”⁴¹. Por lo que respecta al cohecho del particular, señala este autor que “el particular actúa en perjuicio o detrimento de las funciones públicas del Estado [...]. Su conducta implica atentar no sólo contra la función concreta que incumbe al funcionario singular, sino también contra el normal desarrollo de las funciones públicas [...]. Asimismo, el comportamiento típico del cohecho realizado por el particular afecta a la esencia de la dignidad del Estado y al prestigio social que en todo momento han de ostentar los entes públicos en el marco de la ordenación jurídica de la vida social”⁴².

Esta posición puede ser criticada por varias razones, pero básicamente por la primacía que confiere al deber funcional, a la confianza que el Estado y la sociedad depositan en el funcionario y a las nociones de dignidad del Estado y prestigio social de los entes públicos, todo lo cual, como hemos visto, revela una visión autoritaria de la función pública que no tiene en cuenta que la existencia de la Administración se explica, únicamente, por el beneficio que su actividad significa para los ciudadanos; y que los deberes que emanan de los cargos públicos tampoco se explican por sí solos, sino en cuanto su cumplimiento conduce a la prestación de un servicio para la comunidad⁴³.

La doctrina española mayoritariamente afirma que el bien jurídico protegido es único, tanto en el cohecho del funcionario como en el del particular, sin embargo, la determinación de cuál es ese bien jurídico no ha sido pacífica. Para Bacigalupo, por ejemplo, el bien jurídico en el delito de cohecho es “la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial según los principios del Estado de derecho”⁴⁴. Rodríguez Puerta, en cambio, afirma que “lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula de un lado a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y, circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política. El referido principio es proyectable también a los ciudadanos, en cuanto destinatarios de esa actividad pública, dado que la relación con estos últimos viene también limitada por el

⁴¹ CASAS BARQUERO, E., *Observaciones técnico - jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español*, en *Documentación Jurídica*, (1978), pp. 213 y s.

⁴² *Ibidem*, p. 214.

⁴³ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación del funcionario público* (Madrid, Civitas, 1980), pp. 238 ss.

⁴⁴ BACIGALUPO, E., *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, cit. (n. 16), p. 1100.

respeto a la Constitución y los principios en ella consagrados”⁴⁵.

Razonando sobre la base del derecho chileno, Oliver Calderón señala que el bien jurídico protegido por el delito de cohecho, tanto en el del funcionario público como en el del particular, es el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos. Plantea que si el cohecho consiste en una conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, o en una conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste, la razón para castigar esta clase de comportamientos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos —razón de ser de la existencia de los organismos públicos y los deberes funcionarios— se preste de manera correcta. Para que esta prestación de servicios se estime correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen por ella, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ella. Y en caso que la prestación de servicios no sea gratuita, para que ésta se considere adecuada, es necesario que a los particulares no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer por sobre el monto fijado⁴⁶.

Este mismo planteamiento, unido al imperativo de asegurar la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, pensamos que es válido también respecto de las figuras de tráfico de influencias que —tras la reforma legal del año 1999— contempla el Código Penal chileno como hipótesis subordinadas de los delitos de cohecho y negociaciones incompatibles.

Por lo que respecta al delito de prevaricación de autoridades políticas y funcionarios administrativos, la doctrina española se manifiesta conteste —aunque con matices— al reconocer que el bien jurídico protegido se concreta en el interés del Estado en el pleno sometimiento del ejercicio de la función pública a la ley y al derecho o, mejor aún, la legalidad en el desempeño del servicio público⁴⁷. Esta conclusión es plenamente aplicable en nuestra legislación, sobre todo si consideramos que este aspecto del bien jurídico tiene fundamento en el art. 6º de la Constitución Política de la República, disposición que consagra el necesario sometimiento de todos los órganos del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Respecto de las figuras de malversación, la doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido aquí es la probidad administrativa, si bien este

⁴⁵ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho* (Pamplona, Aranzadi, 1999), p. 83.

⁴⁶ OLIVER CALDERÓN, G., *Aproximación al delito de cohecho*, en *Revista de Estudios de la Justicia* (Santiago, U. de Chile, V. 2005), pp. 95 - 96.

⁴⁷ Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código penal de 1995*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 11, 1997, p. 358; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual*, en *Delitos de los Funcionarios Públicos, Cuadernos de Derecho Judicial* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994), p. 62; MORALES PRATS, F. - RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Delitos contra la Administración Pública*, cit. (n. 3), p. 1851.

concepto suele ser explicado en un sentido funcional⁴⁸. Con todo, es evidente que las conductas tipificadas ostentan también un carácter patrimonial y representan una lesión o atentado contra los intereses patrimoniales del Fisco, a tal punto que en el art. 233 las penas se gradúan según el monto de lo sustraído, lo cual ha llevado a algunos autores a concebir estas infracciones como auténticos delitos patrimoniales. Pese a ello, consideramos que la malversación y el resto de los delitos funcionarios con connotaciones pecuniarias también admiten ser reconducidos a la idea de protección de las funciones estatales, en cuanto la disponibilidad de bienes y fondos públicos también es una condición insoslayable para la adecuada satisfacción de los intereses de la colectividad.

Por último, el Título V del Libro II del Código Penal contempla una serie de infracciones delictivas cuya razón de ser es un atentado contra las condiciones de operatividad de los entes estatales, como es el caso –por nombrar sólo algunos ejemplos– de los delitos de infidelidad en la custodia de documentos, usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales. Utilizando este último delito para ejemplificar lo que sucede al interior de este grupo, cabe señalar que el bien jurídico tutelado también puede ser reconducido aquí a la idea de correcto desempeño de las funciones públicas, valor que, por cierto, presupone un estricto respeto del principio de legalidad. Sin embargo, lo que confiere especificidad al delito de nombramientos ilegales y, al mismo tiempo, explica su tipificación, es la mayor importancia atribuida a la resolución que en este caso adopta el funcionario. Porque al infringir las normas que regulan el acceso a un cargo público, el autor del hecho atenta contra el principio de objetividad en la selección del personal, pone en riesgo la exigibilidad de un mínimo de capacidad y aptitud para el desempeño del cargo y vulnera, por último, la igualdad de acceso a la posición laboral de que se trate; todas las cuales son condiciones que tienden a asegurar el correcto desempeño de la función pública⁴⁹.

VII. CONCLUSIONES

La noción de función pública puede ser considerada como bien jurídico protegido, desde la perspectiva de una concepción del derecho penal que enfatice la necesidad de vincular el objeto de tutela con la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales del individuo.

Para estos efectos, la idea de función pública no está referida únicamente a la actividad administrativa, sino también a las actividades legislativa y jurisdiccional. Desde otro ángulo, aquel interés puede ser afectado no sólo por aquellos que se encuentran jurídicamente vinculados con el aparato estatal (funcionarios públicos), sino también por el común de los ciudadanos.

La idea de función pública, en tanto objeto de tutela, permite agrupar satis-

⁴⁸ ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), IV, p. 236; MATUS ACUÑA, J. P. - RAMÍREZ GUZMÁN, M. C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (2ª ed., Talca, Ediciones U. de Talca, 2002), p. 208.

⁴⁹ MORALES PRATS - RODRÍGUEZ PUERTA, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. (n. 3), p. 1859.

factoriamente un conjunto de delitos contemplados en los títulos IV y V del Libro II del Código Penal, siendo posible, desde un punto de vista dogmático, plantear una teoría general de este grupo de delitos.

Con todo, la idea de atentado contra la función pública se concreta de modo diverso dependiendo de las particularidades que revisten los distintos delitos que integran ese grupo. De ahí, entonces, la necesidad de proceder a una estructuración compartimentada de los delitos que tienden a la tutela de la *función pública*, siendo obligatorio delimitar varias categorías de infracciones, entre las que se cuentan, desde luego, los delitos que vulneran la función jurisdiccional; y, entre los que afectan a la función administrativa, cabe distinguir los que dañan su imparcialidad, los que afectan a su dimensión patrimonial y los que lesionan los aspectos operativos de su ejercicio.

[Recibido el 15 y aceptado el 30 de abril de 2005].