

**HOMENAJE AL
DR. MARINO BARBERO SANTOS**
In memoriam

Volumen II

Ofrecido por sus discípulos:

Luis A. Arroyo Zapatero
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre
Juan M^a Terradillos Basoco
Rocío Cantarero Bandrés
Nicolás García Rivas
José Ramón Serrano-Piedecasas
Juan Carlos Ferré Olivé

Coordinador:
Adán Nieto Martín



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Ediciones Universidad
Salamanca

Cuenca, 2001

HOMENAJE al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam* / ofrecido por sus discípulos Luis A. Arroyo ... [et al.] ; coordinado por Adán Nieto Martín. – Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha : Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001

2 vol. ; 25 cm.– (Homenajes; 7)

ISBN 84-8427-139-0 (UCLM).– ISBN 84-7800-870-5 (EUS)

1. Barbero Santos, Marino – Homenajes 2. Derecho penal – Colecciones de escritos I. Arroyo Zapatero, Luis Alberto II. Nieto Martín, Adán, coord. III. Universidad de Castilla-La Mancha, ed. IV. Universidad de Salamanca, ed. V. Título VI. Serie 929 Barbero Santos, Marino 343(082)

Esta edición es propiedad de EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA y de EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA y no se puede copiar, fotocopiar, reproducir, traducir o convertir a cualquier medio impreso, electrónico o legible por máquina, enteramente o en parte, sin su previo consentimiento.

© de los textos: sus autores

© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha.
Universidad de Salamanca.

Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha

Colección: HOMENAJES nº 7

I.S.B.N.: 84-8427-139-0 (UCLM)

Ediciones Universidad de Salamanca

Colección: AQUILAFUENTE nº 20

I.S.B.N.: 84-7800-870-5 (EUS)

1ª ed. Tirada. 500 ejemplares

Diseño de la colección y de la sobrecubierta:

C.I.D.I. (Universidad de Castilla-La Mancha).

Ilustración motivo de la cubierta: Manuel C. Barbero Richart.

Fotocomposición, Impresión y Encuadernación:

Gráficas Cuenca, S.A., Avda. Juan Carlos I, 34 - 16004 Cuenca

D.L. CU - 309 - 2001

Impreso en España - *Printed in Spain*

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA. (OBSERVACIONES PRELIMINARES A LOS DELITOS QUE LA OFENDEN) (*)

José Luis Guzmán Dalbora
Profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
Universidad de Antofagasta (Chile)

1. Particular dificultad de la Administración de Justicia como objeto de protección jurídica e interrogantes que plantea en la actualidad. “La especialidad de los delitos contra la Administración de Justicia —escribió Quintano Ripollés algunas décadas atrás—, proclamada hace mucho tiempo por la metodología italiana, es en la actualidad un postulado admitido por todos los autores, Códigos y proyectos modernos”¹. Despojándola de cierta exageración, traicionada por el estilo ampuloso característico de este autor, la frase denota una realidad indesmentible. Los delitos contra la Administración de Justicia, no obstante la modernidad del reconocimiento de ésta como bien jurídico y aun la contemporánea factura de su tutela penal, han ganado rápidamente un lugar propio en el plan de los Códigos y documentos legislativos de los últimos cien años, y en muchos de los recientes la substancia de la familia tiende a incrementarse con nuevas figuras delictivas y el remozamiento

(*) Este estudio condensa el primer capítulo de un libro, todavía en preparación, sobre los delitos contra la Administración de Justicia. Aun cuando se ha procurado adaptar la exposición, de modo de permitir su lectura autónoma, algunas menciones, que resultó imposible suprimir, delatarán su dependencia del contexto global al que pertenece. Como, con todo, presumimos que aquéllas no pararán grave inconveniente al lector ni impedirán su inteligencia de estas notas preliminares al estudio de dicha familia de delitos, nos hemos permitido ofrecerlas, con mano trémula y reverente, al merecido homenaje que hoy rinden al profesor doctor Marino Barbero Santos, preeminente penalista e historiador de la dolorosa disciplina, en el septuagésimo aniversario de su nacimiento, sus discípulos y amigos más cercanos.

¹ *Comentarios al Código penal*. Segunda edición, renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Prof. A. de la Universidad de Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pág. 857.

de otras de añoso linaje. Además, la admisión doctrinal de la categoría es virtualmente unánime, incluso entre los autores que, como los penalistas alemanes, reconstruyen Códigos que no asignan un ámbito diferenciado ni epígrafes especiales al tema.

Con todo, reina en él una visible inseguridad a la hora de acotar el objeto de la tutela y diseñar el sistema de las infracciones que le atañen. La, en una mirada superficial, aparente sencillez de la noción *Administración de Justicia*, en seguida delata a un ojo más atento hondos problemas, oriundos, en realidad, de las correspondientes ramas constitutivas del ordenamiento —los Derechos político y, en menor medida, procesal—, por modo que, retocando apenas la acertada metáfora con que Antolisei aludía a otra batallona cuestión —la fe pública—, aquello que semejaba una espléndida Esfinge se nos muestra en lo que es en verdad, un manojo de ortigas². De todo lo cual, como no podía ser menos, proceden las interminables complicaciones en la reelaboración técnica de estos delitos, las discrepancias y perplejidades respecto de su frecuente carácter pluriofensivo, la resistencia a incardinar algunos dentro del grupo —no menos que, hoy, la tendencia a arrebatarse o añadirle determinadas infracciones—, etc. Y el epítome de las señaladas aporías y de otras dificultades que por ahora silenciamos, mientras contribuye a mostrar los delgados cimientos en que se ha hecho reposar este edificio de la Parte especial, da cuenta de y explica la falta de uniformidad de su disciplina en los cuerpos punitivos, aun los pertenecientes a nuestra propia cultura jurídica.

Por lo demás, denuncia este espectro de problemas la impropiedad de la misma locución con que por hábito se mienta la materia protegida. En efecto, la de *Administración de Justicia* es una denominación portadora de un dúplice equívoco. Primero, por cuanto gira en torno a un *quid* —la justi-

² *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale. 2 vols. Nona edizione integrata e aggiornata, a cura di Luigi Conti. Giuffrè, Milano, 1986, tomo II, cfr. pág. 560.

³ Si tomamos la palabra en un sentido completamente abstracto —observó Carrara en sus prolegómenos a los delitos contra lo que su maestro, Carmignani, llamaba *Justicia pública*—, que sólo el poder del entendimiento percibe como una mera idealidad, o sea, atendiendo a “aquella suprema ley de orden que determina lo que es justo y lo que no lo es, en las relaciones recíprocas del hombre con el hombre”, entonces resulta que “todos los delitos son *contra la justicia*, y sería un absurdo crear una clase especial de ellos”. *Programa de Derecho criminal*. 10 vols. Traducción de José J. ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO. Temis, Bogotá, tomo VII, cuarta edición, revisada, 1993, pág. 15 (§ 2476).

⁴ Cfr., por todos, Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 25., neubearbeitete Auflage von Dr. Theodor Lenckner, Dr. Dr. h. c. Albin Eser, Dr. Dr. h. c. Peter CRAMER, Dr. Walter STREE. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, pág. 1197.

⁵ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, ‘*Jurisdicción*’, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Editorial Francisco Seix, Barcelona, tomo XIV, 1978, págs. (391 y ss.) 409. Yendo más allá, Del Vecchio insinúa que la asimilación semántica habría surgido, en la progresión histórica del siglo XX, como corolario de un preciso designio político, el del totalitarismo europeo, incompatible con la independencia judicial. *Teoría del Estado*. Traducción y escrito preliminar sobre *Algunas ideas fundamentales para la elaboración de una nueva teoría del Estado*, por Eustaquio GALÁN y GUTIÉRREZ. Bosch, Barcelona, 1956, cfr. pág. 145.

cia- extraordinariamente difícil de precisar en el plano filosófico y que, aun haciendo abstracción de la magna pregunta sobre la fundamentación de su existencia entre los valores jurídicos supremos, es decir, que le corresponda o no un lugar al interior de la idea del Derecho, nada tiene que ver con la circunscrita y positiva esfera de una de las funciones del Estado³. En este orden de consideraciones, la nomenclatura de uso en Alemania –*Rechtspflege*, que literalmente significa *cuidado* y, también, *administración, del Derecho*⁴– resulta acaso más ajustada, aunque tampoco del todo exacta y apropiada. Pues –he aquí el otro equívoco– no deja de ser una inquietante paradoja en lo que hace a la separación de los poderes del Estado y la autonomía del judicial ante el ejecutivo, que la actividad de los órganos encargados de las funciones jurisdiccionales lleve el nombre de *administración*⁵, si es verdad que la tarea del Poder judicial, antes que consistir en “administrar” o “cuidar” nada, radica en declarar coactivamente el Derecho frente a los casos en que el ordenamiento o los hechos a los que debe aplicarse son controvertidos, o negada la norma que se adecua a éstos⁶.

Las preocupantes aristas de esta situación están destinadas, por lo que parece, a acentuarse en el momento actual y debido a condicionamientos harto más delicados que los productos insatisfactorios de un prolongado ejercicio de construcción dogmática. Para nadie es un misterio que la Administración de Justicia está en crisis en muchos países y continentes, sobre todo en Iberoamérica. Siendo impertinente señalar aquí sus múltiples causas y manifestaciones, basta a nuestro propósito recordar cierto difuso sentimiento de desconfianza en la eficacia social de la función del Poder judicial, con la consiguiente pérdida de prestigio de quienes encarnan el último y deben cumplir la primera⁷, descrédito que, sin mengua de factores serios y reales –que los hay– a menudo es alimentado y manipulado con ademanes tendenciosos y fines perversos por algunos sectores del espectro social⁸. Al evidéntísimo riesgo político, pues

⁶ “La justicia no se administra: a lo sumo, la justicia puede ser entendida como administración del Derecho, en el sentido de reconocerlo, defenderlo de sus violaciones, aplicarlo”. JANNITTI-PIROMALLO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*. Vallardi, Milano, 1939, pág. 41.

⁷ RIVACOBA, *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*. Tirada aparte del volumen *Derecho y política* (“Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, 9, 1991), Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 1992, cfr. págs. 6-8. Sobre la hodierna crisis del Poder judicial, es de obligada consulta ZAFFARONI, *Estructuras judiciales*. Ediar, Buenos Aires, 1994, especialmente págs. 15-30. Y véanse también las sugestivas reflexiones de Marino Barbero, al recibir, en Madrid, el premio “Jurista del año” (1992), en *Resulta difícil aceptar*. Real Academia de Extremadura, 1993.

⁸ Con toda razón escribía Radbruch que, “incluso para quien duda que esté justificada toda esa desconfianza en la Justicia, el hecho de que la “crisis de confianza en la Justicia” vuelva siempre a plantearse, debería ser motivo, no sólo de una defensa mortificada e indignada, sino de preocupación seria y autoreflexión. De ser motivo, no sólo de una defensa mortificada e indignada, sino de preocupación seria y autoreflexión. De hecho, la Justicia vive únicamente de la confianza del pueblo. Dentro de lo subjetivo y discutible de todos los valores, la justicia de los tribunales ¿qué cosa es, en el fondo, sino confianza en los tribunales?” *Introduzione alla scienza del Diritto. (Einführung in die Rechtswissenschaft)*. A cura di Dino Pasini. Traduzione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Giappichelli, Torino, 1961, pág. 278.

en juego están la seguridad y libertad individuales, que entrañan el debilitamiento del magisterio jurisdiccional del Estado, último baluarte de aquéllas, y la inclinación obscura de minar el principio de la separación de sus poderes, y la imprescindible independencia del judicial mediante expedientes oblicuos, como la caricaturización de su imagen pública, para así someterlo a los dictados del poder político de turno, se asocian otros, no menos temibles. Uno de estos peligros incide en la pretensión de convertir a la generalidad de los ciudadanos en colaboradores permanentes de la Administración de Justicia, con la mira, en principio, de garantizar mejor la eficacia de su funcionamiento, pero, y en un plano menos superficial que la magia de las palabras, que a todo se prestan, bajo la suposición de que lo exigiría una no bien definida *solidaridad* con la entidad estatal, turbio concepto, capaz, sin embargo, de transformar inveteradas, fundadas y fundamentales facultades de los justiciables en situaciones de sujeción jurídica, y de realizar esta operación manteniendo la impresión psicológica de que ella no hiere al Estado de Derecho ni impide vivir en un medio civil y político liberales⁹. Por cierto, el paso que media entre la puesta en escena de nuevos deberes jurídicos que reflejen esta insólita reubicación del individuo en sus relaciones con el Estado, y la creación de delitos orientados a reforzar la garantía de su cumplimiento, es breve, y, con efecto, se ha dado.

Detenerse, entonces, *in limine libri*, a perfilar con la mayor precisión el bien jurídico ofendido con estas infracciones, constituye algo más que un indispensable requerimiento preliminar a su análisis científico, aunque a lo último se subordine uno de los objetivos centrales del presente estudio, puesto que con él se ha buscado, ante todo, introducir al lector en el plexo de cuestiones generales aplicables al conjunto de unos ilícitos en que es inevitable

⁹ Con el respaldo expreso, en ocasiones, de la doctrina. Valga como ejemplo este pasaje sobre la omisión del deber de impedir o de denunciar determinados delitos, en el artículo 338 *bis* del antiguo Código español (recogido, con variaciones, en el artículo 450 del que rige en España desde mayo de 1996): "no cabe duda [...] que en la sociedad moderna se dispone la lucha contra el delito, acudiendo a todos los recursos y expedientes. La criminalidad aumenta a pasos agigantados; las cifras de reincidencia suben de manera sorprendente y han hecho aparición, de otro lado, nuevas y más graves figuras de delitos. El Estado pone todo su empeño en la lucha, *pero quiere que la sociedad tome parte también en la misma, situándose a su lado para atacar y defenderse del tremendo mal*. Hasta aquí todo esto era misión del Estado, según la concepción individualista del pensamiento liberal, pero ya las cosas van cambiando poco a poco a través de una idea más firme y completa de la misión del hombre dentro del Estado [...] Por esto, si bien, naturalmente, en estas nuevas infracciones existe la idea de protección de los bienes jurídicos atacados o puestos en peligro [...], se descubre en ella [*sic*] el pensamiento del delito como infracción del deber, *infracción del deber*, en este caso de solidaridad, que una nueva concepción del Estado y de la vida en comunidad imponen incontrastablemente". PUIG PEÑA, *Derecho penal*. Parte especial. Séptima edición, actualizada con la colaboración de Gregorio ORTIZ RICOL, sin indicación de casa editorial ni de lugar de edición, 1988, pág. 252. Tomando en cuenta la data (17 de junio de 1951) de la introducción de este delito al Código español y el régimen político a la sazón imperante en el país, se comprenden el giro destemplado y el trasfondo místico de la teoría que lo cohonesta. Pero ya no es tan fácil entender que el totalitarismo larvado de estas frases halle irreflexivo eco entre algunos penalistas de nuestros días.

la referencia al Estado y a sus intereses. Pero también, de otra parte, la materia que nos disponemos a examinar, especialmente por la presencia de ciertos delitos de cuño reciente que asoman su sospechosa cerviz en el panorama comparativo y reclaman plaza dentro de la familia, así como por determinadas concepciones insinuadas en la doctrina y jurisprudencia respecto de la interpretación de cruciales extremos en otros más tradicionales, pone en la actualidad un áspero banquillo de prueba a cualquier esfuerzo hermenéutico animado por la *Jurisprudencia teleológica*, y, lo que cuenta aún más, colma con angustioso sentido la sabia admonición de que el *Derecho penal es una política*¹⁰ y, a veces, un sombrío instrumento de opresión política.

2. El problema de su definición en la doctrina. Al interior del complejo mosaico de definiciones que la doctrina penal destina a la Administración de Justicia es predominante su identificación con la *jurisdicción*, categorema que, con todo, se mienta con una terminología variable –actividad o función jurisdiccionales, actividad del Poder judicial, proceso, etc.–, y sobre cuyos contenido, extensión y límites resultan escasos los pareceres coincidentes.

Son los penalistas italianos contemporáneos quienes, amén de haber trabajado con mayor profundidad el objeto jurídico en estos delitos, emplean invariablemente la voz *jurisdicción* al momento de calificarlo. “Administración de Justicia, en sentido propio, es sinónima de jurisdicción”, subraya Boscarelli, el que se limita a añadir a esta verdad apodíctica, que, no uno, sino los dos sentidos, objetivo y subjetivo, encapsulados en la noción, es decir, jurisdicción como actividad jurisdiccional y también como conjunto de sujetos investidos de funciones judiciales, forman la materia de su tutela punitiva¹¹. Pero la amplia gama de infracciones que el Código italiano sitúa bajo el epígrafe correspondiente hace dudar a sus estudiosos de que la jurisdicción protegida por él esté en armonía con el alcance del instituto en el Derecho político, en especial por la inclusión de los delitos que afectan, frustrándola, la ejecución de las resoluciones judiciales y los que comportan el ejercicio arbitrario de las propias razones, actos, entrambos, considerados extraños a la auténtica actividad jurisdiccional¹². De modo que –y es ésta la conclusión mayoritaria– “el concepto

¹⁰ Bettiol, *El problema penal*. Traducción directa del italiano por José Luis GUZMÁN DALBORA y Prólogo de Manuel de RIVACOBIA y RIVACOBIA. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, cfr. pág. 55, y, en verdad, “ninguna parcela del ordenamiento jurídico es más sensible a las variaciones políticas que la penal”.

BARBERO SANTOS, *Política y Derecho penal en España*. Tucur Ediciones, S.A., Madrid, 1977, pág. 17.

¹¹ ‘Giustizia’ (delitti contro l’amministrazione della), en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, tomo XIX (1970), págs. (612 y ss.) 612, con mención de JANNITTI-PIROMALLO, MANZINI, MAGGIORE y ANTOLISEI. Véase también, Vannini, *Manuale di Diritto penale italiano*. Parte speciale. I singoli delitti e le singole contravvenzioni. Nuova edizione riveduta e ampliata, Giuffrè, Milano, 1951, pág. 91.

¹² “En el plano de tutela delineado por el legislador de 1930, el concepto de *Administración de Justicia* resulta, empero, más amplio que el de “jurisdicción” en sentido estricto. De hecho, en el título III se incluye

de Administración de Justicia se dilata y diluye gradualmente, hasta tomar un significado que no corresponde al uso correcto de la palabra en [el] Derecho público, y que sólo es válido en cuanto a los fines específicos del Derecho penal"¹³. La Administración de Justicia, en el sentido del segundo, comprendería todas las actividades que tengan relación con la finalidad última del Poder judicial¹⁴, ofreciendo, en consecuencia, una substancia enriquecida de cara al paralelo ordenamiento primario. Con términos semejantes y en lo medular iguales, describen el problema los dogmáticos de aquellos países en los que la legislación penal italiana ha sido particularmente influyente, como el Brasil¹⁵.

A su turno, las obras alemanas de conjunto sobre la Parte especial, si son generosas en la ordenación sistemática de estos delitos no menos que en su análisis menudo, conceden poca atención a un bien jurídico que se da por sabido y hace coincidir, en general, con la actividad del Poder judicial. Así, *verbigratia*, Arz y Weber, luego de clasificar los delitos que embisten contra el Estado en tres grupos (ataques contra el Estado, ataques contra quienes ejercen funciones públicas y ataques de éstos contra su función) y tras extender el segundo para que abrace en su seno las ofensas contra cada Poder del Estado en particular, con pluma prieta apostillan que "los delitos contra la Administración de Justicia [...] conciernen a un aspecto parcial de la actividad estatal, la del tercer Poder (Justicia)"¹⁶. De parecida manera se expresa Stratenwerth¹⁷.

no sólo tipos delictivos que amenazan directamente el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, sino también figuras criminosas que tutelan actividades e intereses ligados por un nexo apenas instrumental, o de alguna manera vinculados con la jurisdicción propiamente dicha. Basta mencionar el contenido del capítulo III, relativo a la <tutela arbitraria de las propias razones> [...]: los tipos correspondientes no garantizan la consecución del fin propio del Poder judicial (actuación del Derecho positivo), sino el interés del Estado en monopolizar la justicia". FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale*. Parte speciale. Publicados, 2 vols. Zanichelli, Bologna, tomo I, 1988, pág. 254. "Además de los delitos que ofenden la actividad judicial verdadera y propia [...] se considera figuras delictuosas que implican la inobservancia de las resoluciones judiciales y que, por ello, se dirigen contra la ejecución de éstas". Antolisei, op., ed. et vol. cits., pág. 883.

¹³ MAGGIORE, *Derecho penal*. 5 vols. Traducción por el padre José J. ORTEGA TORRES, Temis, Bogotá, tomo III, 1989, págs. 305-306.

¹⁴ ANTOLISEI, op., ed. et vol. cits., cfr. pág. 884.

¹⁵ Cfr. FRAGOSO, *Lições de Direito penal*. Parte especial. 2 vols., Forense, Rio de Janeiro, 10ª ed., 1988, tomo II, pág. 514, y NOROHNA, *Direito penal*. 4 vols., Saraiva, Sao Paulo, 4ª ed., 1970, tomo IV, pág. 467.

¹⁶ *Strafrecht*. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch in 5 Heften. Gieseking Verlag, Bielefeld, tomo V (*Delikte gegen den Staat, gegen Amtsträger und durch Amtsträger*), 1982, pág. 2.

¹⁷ Al comenzar el examen de los delitos contra el poder del Estado y la Administración de Justicia, comenta que si bien en ellos no existe un ataque contra el primero en su totalidad o sus elementos esenciales, sí se da una intromisión que embaraza, perturba o desvía las funciones estatales singularmente consideradas, injerencia que, tratándose de la actividad de los órganos de la jurisdicción, "en ciertas circunstancias entraña graves consecuencias para los interesados o la confianza en las autoridades". *Schweizerisches Strafrecht*. Besonderer Teil. 2 vols. Verlag Stämpfli + Cie AG, Bern, tomo II (*Straftaten gegen Gemeininteressen*), 5ª edición, reelaborada y complementada, 1995, cfr. págs. 257 y 281.

En el proteico abanico de concepciones –harto ilustrativo de las dificultades teóricas del tema– que de su lado muestra la doctrina española sobre el punto, se encontrará “tanto referencias a la <idea> de Justicia como al Poder judicial o a la función estatal de administrar justicia”; en otras palabras, vienen invocadas aquí “la Administración de Justicia como conjunto orgánico integrante de la Administración del Estado, la Administración de Justicia como función estatal, el Poder Judicial como concepto político dentro del esquema de división de poderes y, a la vez, como concepto funcional equivalente al ejercicio de la potestad jurisdiccional”¹⁸. Sin embargo, en los últimos años y aunque el hecho no acabe de despejar este poco estimulante panorama de sus confusiones, entre los penalistas ibéricos tienden a prevalecer las opiniones que acoplan los delitos en palabra, ora a la *función jurisdiccional*, ora a la *actividad concreta* que materializa dicha función, ora, en fin, a su cauce, *el proceso*. En cuanto función jurisdiccional, la materia protegida debería entenderse como la “*función estatal de administrar justicia*, desempeñada de modo exclusivo por los integrantes del Poder judicial”, y consistiría en “la actividad de aplicación de la ley en la resolución de conflictos, desempeñada con independencia y única sumisión a la ley, adquiriendo las decisiones el valor de cosa juzgada”. Este es el punto de vista de García Arán¹⁹. Pero dado que, en su aspecto funcional, la Administración de Justicia involucra por igual al sujeto o conjunto de órganos que la encarnan y ejercen a título de potestad, hay quienes prefieren reducir el bien jurídico a la actividad jurisdiccional, con el propósito de destacar tan sólo el aspecto objetivo de la jurisdicción (palabra, la última, que estos estudiosos, curiosamente, se cuidan de emplear). Con arreglo a este segundo criterio, objeto genérico de los delitos en cuestión vendrían a ser “los intereses que conciernen al normal funcionamiento de la actividad judicial”²⁰, una vez que se ha excluido de su esfera aquellos que atañen al Poder judicial como integrante de la Administración del Estado²¹.

¹⁸ García Arán, *Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código penal de 1.992*, en el volumen *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*. Editorial Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas), Madrid, 1993, págs. (519 y ss.) 520. Véase, asimismo, el resumen de Serrano Butragueño acerca de la doctrina hispana, en *Introducción a los delitos contra la “realización” de la justicia*, incluido en el volumen colectivo *Delitos contra la Administración de Justicia*. Artículos 325 a 338 bis del Código penal (acusación y denuncia falsa, falso testimonio y otros delitos), Editorial Comares, Granada, 1995, págs. (3-76) 9-11 y 27-29.

¹⁹ *La prevaricación judicial*. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 47 y 51. Cfr., además, Magaldi y García Arán, *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*, en *Documentación Jurídica*, número 37-40, 1983, págs. 1117 y ss. En análogo sentido, COBO DEL ROSAL y otros, *Derecho penal*. Parte especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 1990, cfr. pág. 279, y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*. Parte especial. Ariel, Barcelona, 1ª ed., 1986, cfr. págs. 423-424.

²⁰ CANTARERO BANDRÉS, *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*. Prólogo de Enrique GIMBERNAT. Trotta, Valladolid, 1995, pág. 26.

²¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigidos por éste y coordinados por José Manuel VALLE MUÑIZ. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. (1923 y ss.) 1924.

Por último, el pensamiento, de mayor arraigo histórico en España, que asocia la Administración de Justicia al *proceso*, parte con Quintano Ripollés y se prolonga en la obra de Rodríguez Devesa, Luzón-Peña y otros autores²²; mas dado que el proceso no es sino el aparato formal por el que discurre la función jurisdiccional, la yuxtaposición de esta teoría con la primera es paladina, y ha merecido reparos semejantes a los fraguados para contrarrestarla en Italia²³.

Por lo demás, los criminalistas españoles experimentan el mismo sentimiento de frustración que aflige a sus colegas italianos. En la imposibilidad de encontrar el mínimo común denominador de las infracciones que el Código —así el vigente como el anterior— acomoda bajo la rúbrica²⁴, y no hallando tampoco un ajuste entre el elemento centrípeto apetecido y lo que se define como Administración de Justicia en otras ramas del Derecho, ya ceden, según se hace en Italia, a la tentación de elaborar una noción amplísima de aquella²⁵, una noción que entonces sólo sería válida para el Derecho punitivo, ya resignan toda sistematización, estudiando aisladamente el objeto jurídico en cada maleficio del título legal²⁶.

²² Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*. 2 vols. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, tomo II, págs. 570 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte especial. Decimotercera edición revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ. Dykinson, Madrid, 1990, págs. 1019-1020, y LUZÓN-PEÑA, *Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*, en el volumen *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, págs. (777 y ss.) 779.

²³ Por la presencia, en el título correspondiente del Código español, de una serie de ilícitos —p. ej., la omisión del deber de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la autoridad, las represalias a las partes o la realización arbitraria del propio derecho— difícilmente reconducibles al concepto preciso del proceso, comenta GONZÁLEZ RUS. Cfr. *Curso de Derecho penal español*. Parte especial. 2 vols. Obra colectiva dirigida por Manuel COBO DEL ROSAL. Marcial PONS, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, tomo II, 1997, págs. (453 y ss.) 455.

²⁴ “Todos los autores parten de la base de que estamos ante un título que no contiene todo lo que debiera y se excede al agrupar bajo una común intitulación delitos que en realidad nada tienen que ver con la Administración de Justicia y, en cambio, sí con otros bienes jurídicos”. CANTARERO BANDRÉS, op. cit., pág. 22. Con referencia al nuevo Código ibérico, véase la paralela queja de CANCIO MELIÁ, *Delitos contra la Administración de Justicia*, en *Comentarios al Código penal*, obra dirigida por Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO y coordinada por Agustín JORGE BARREIRO. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, págs. (1174-1232) 1174.

²⁵ Sumándose al ejercicio de la jurisdicción, la actividad jurisdiccional realizada por medio del proceso. La Administración de justicia tendría así en el Código “un sentido lato, comprensivo no sólo de la tutela de la potestad jurisdiccional, como función exclusiva del Estado, sino también de [la] actividad jurisdiccional, como buena marcha de los mecanismos procesales para lograr una cierta y justa realización del Derecho”. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Coacción o represalia a denunciante, parte, perito, intérprete o testigo*, en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL y coordinados por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, tomo V (*La reforma del Código penal de 1983*), vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas), Madrid, 1985, págs. (719 y ss.) 722.

²⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. Parte especial. Octava edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, cfr. págs. 714-715. Sin variar su pensamiento, en la undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995 (Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 791), anota: “a pesar de todo, lo que les da sentido y autonomía es su relación con la Administración de Justicia, y con ella, al mismo tiempo, con el Poder Judicial, que es el encargado dentro del esquema de la división de poderes de esta importante función del Estado de Derecho”.

En línea de máxima, y de acuerdo con el precedente repaso somero de las principales posiciones en la doctrina, es posible resumir los aspectos problemáticos de la determinación del bien jurídico común a la familia, a lo que sigue. En primer lugar, si la llamada Administración de Justicia debe entenderse como función o como actividad jurisdiccionales, o en ambos sentidos a la vez. De lo que derivan dos cuestiones suplementarias, a saber: la naturaleza de los atentados contra la independencia externa del Poder judicial y la de aquellos que niegan, de hecho, la exclusividad de la jurisdicción, cuestiones en las que resulta arduo disociar la doble consideración del Poder judicial, en lo que tiene de autoridad *jurídica* del Estado y por lo que toca al trasfondo *político* de la incolumidad de su función. Sucesivamente, está el deslinde entre las funciones jurisdiccional y administrativa, sutil extremo teórico que, entre otros corolarios significativos que dependen de él, explica el temperamento de los Códigos —por ejemplo, el argentino— que sencillamente prescinden del grupo e incardinan las infracciones contra la Administración de Justicia dentro de las que conciernen a la Administración pública, y el de aquellos —pensemos esta vez en los de Suiza e Italia— que, conservando la distinción entre ambas categorías, llevan al circuito de la segunda algunos delitos cometidos por cualificados sujetos de la primera, como la prevaricación. Relacionada con la anterior, en fin, aparece la pregunta sobre la forma y los límites de la jurisdicción, así como su vínculo con los particulares, interrogante de cuya respuesta dependen no sólo los específicos deberes de los justiciables para con la Administración de Justicia, luego tal vez susceptibles de tutela penal, sino, además, la índole de los actos que entorpecen o imposibilitan el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Parece oportuno y, habida cuenta de la unidad del ordenamiento y la índole garantizadora de su porción penal, también justificado, sostener que la resolución de los problemas sobredichos aconseja recoger los hilos del análisis para iniciarlo con la rama del Derecho que ha creado el bien jurídico que por convención denominamos Administración de Justicia, o sea, el Derecho político, y dirigir simultáneamente la mirada hacia aquella que lo desarrolla como jurisdicción, el Derecho procesal. Sólo así, es decir, sólo a través de la apreciación de los institutos extrapunitivos comprometidos en el tema, podremos aspirar a unos resultados concluyentes acerca de la entidad de dicho objeto de tutela, y confirmar o desmentir el generalizado juicio conforme al cual, en lo que a la disciplina de los delitos y las penas corresponde, la Administración de Justicia exhibiría una fisonomía especial, distinta de la que reviste en las restantes ramas del ordenamiento. Como quiera que sea, a la elucidación de estas cuestiones se aboca el siguiente apartado.

3. **Nuestra concepción.** Partamos constatando que en el lenguaje del Derecho político el nombre *Administración de Justicia* sencillamente no es empleado, y que no se lo llame en causa responde a la potísima razón, adelantada páginas atrás, de su irremediable equivocidad. Como se sabe y en verdad, el vocablo *administración*, en sentido objetivo, concierne a la acción de administrar, al paso que su sentido subjetivo alude al sujeto de esa acción²⁷, pero ninguna de estas acepciones deja de presentar el inconveniente de confundir los conceptos y las tareas de los Poderes judicial y ejecutivo. Al margen, pues, de lo que aquéllas indiquen y los malentendidos que provocan, lo que en verdad instituye el Derecho político e interesa en esta sede, es una *función* bien precisa del Estado, la función *jurisdiccional*, la cual, a su turno, constituye una de las tres en que se despliega el poder soberano de la entidad estatal. Este vínculo entre la función jurisdiccional y la soberanía —parte, la primera, de ese todo que es la última— es esencial, porque la identidad de la substancia jurídica que existe en las dos, determina que si la función jurisdiccional resulta inconcebible desligada de la soberanía, tampoco cabe imaginarla desprovista de los rasgos que convienen a su fontana.

Ahora bien, se comprenderá que no es el caso de entrar aquí en el concepto de soberanía y en sus problemas, y que sea suficiente, para nuestro propósito, recordar la de Giner de los Ríos: "*Poder supremo del Estado, para hacer que el Derecho reine en la sociedad*"²⁸, poder que se caracteriza por sus notas de *supremacía e independencia*²⁹. Por cierto, la función jurisdiccional, una de las formas en que se manifiesta la actividad dominadora e independiente del Estado, es cometida luego a ciertos órganos o cuerpos públicos, para que la realicen como *jurisdicción*, o, si se prefiere, como actividad jurisdiccional.

De la jurisdicción —función pública encargada a determinados órganos y que se realiza en una actividad formalizada— han sido ensayadas numerosas definiciones, "siquiera su noción más simple y expresiva sigue siendo aquella que, recogiendo la misma etimología del término (*ius dicere*), la hace consistir en el poder de declarar, con fuerza vinculante, cuál sea la voluntad de la ley en un caso determinado y concreto, en el que la ley haya sido o se considere violada"³⁰. Afinando con mayor precisión el concepto, cabe sostener que la jurisdicción es una *función pública cuyo contenido consiste en declarar coactivamente, con exclusividad e independencia, el Derecho aplicable a un supuesto fáctico particular cuya entidad es controvertida, o respecto del cual*

²⁷ GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*. Parte general. 2 vols. Tecnos, Madrid, tomo I, duodécima edición, 1994, cfr. pág. 32.

²⁸ Cit. en Posada, *Tratado de Derecho político*. 2 tomos. Cuarta edición, revisada. Madrid, Librería General de Victoriano SUÁREZ, 1928, tomo I, págs. 325-326. El subrayado nos pertenece.

²⁹ Cfr. JELLINEK, *Teoría general del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana y Prólogo por Fernando de los Ríos. Albatros, Buenos Aires, 1954, pág. 356.

³⁰ PISAPIA, *Compendio di procedura penale*. Cedam, Padova, 4ª ed., 1985, pág. 3.

se discute la norma que debe regirlo o el sentido o alcance de tal norma³¹. Es lo que expresan con notable exactitud el primer artículo del Código orgánico de tribunales de Chile (“la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”) y disposiciones de parecidos tenor e inspiración en otros ordenamientos³².

Hay que insistir en que al radicarse esta dimensión del poder soberano del Estado en los tribunales de justicia, su ejercicio participa, tiene que participar, de esas notas de supremacía e independencia que, como se dijo, convienen a dicho poder. De lo que se deduce, en primer lugar y por un imperativo de supremacía, que los tribunales de justicia ostentan de modo exclusivo y excluyente su misión, y que los actos de los particulares que comporten una subrogación indebida en ésta, son antijurídicos. La realización arbitraria del propio derecho perjudica la Administración de Justicia, siempre y cuando la controversia que el agente busca resolver por vías privadas sea jurídicamente relevante y de incumbencia exclusiva de los tribunales señalados en la ley. En este punto, los clásicos de la pasada centuria no tenían

³¹ La sujeción exclusiva de los tribunales de justicia, en el ejercicio de su ministerio, a lo que establecen las leyes, en nada empece a lo dicho en el texto sobre su misión de declarar el *Derecho*, ya que, por una parte, la palabra ley debe aquí tomarse en su amplia acepción de legislación —e incluye, por ende, las leyes en sentido estricto, los tratados internacionales, la misma Constitución política y las diversas disposiciones legiferantes (decretos, órdenes, etc.)—, es decir, que comprende todas las normas del Derecho escrito de un país. Por otra, ya que tampoco ha de olvidarse que la ley es apenas una fuente de conocimiento del Derecho, o sea, un procedimiento formal en que se manifiesta la norma y que permite captarla; pero la ley no constituye la norma ni puede hacerlo, pues el Derecho yace en meandros más profundos de la comunidad, en el conjunto de principios y exigencias de comportamiento colectivo que ésta cultiva al discernir en ellos su referencia a fines valorados, los cuales, tras su reconocimiento por la entidad estatal, brindan al ordenamiento sus finalidades concretas. Véanse RIVACOBÁ, op. cit., pág. 8, y, más en general, Max ERNST MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2ª edición, 1965, sobre todo, págs. 17 y ss. Por esto, hay quienes estiman que los jueces son órganos del Derecho, antes que del Estado, lo cual “se justifica fácilmente sin más que recordar que el Derecho no es un producto de la <voluntad del Estado>, sino una función de la comunidad, función que, frente a un legalismo ingenuo (que no sólo la teoría rechaza, sino que la experiencia práctica más elemental desautoriza totalmente), nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de Leyes y Reglamentos”. García de Enterría y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I. Civitas, Madrid, 8ª ed., 1997, pág. 28.

³² Con su habitual erudición y siguiendo a ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, FAIRÉN GUILLÉN recuerda que la substancia de la frase del artículo 117. 3, en la Constitución española de 1978 (“el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”), procede de la Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1812, de suerte que la primera, en rigor, “no ha innovado nada aquí”. *Doctrina general del Derecho procesal*. Hacia una teoría y ley procesal generales. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 101. El acendrado liberalismo del principio según su origen histórico, al que empapa el empeño de garantizar ante todo la seguridad y libertad del ciudadano, nos impide, porque no queremos estropearlo, traer a cuento cierta disposición en que lo hizo constar un documento legislativo chileno relativamente reciente, de origen sospechoso y validez jurídica opinable. Cfr. nuestro artículo *Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cit., número 12, 1994, págs. 165 y ss.

dudas³³, y las esporádicas surgidas en la doctrina actual, han sido dictadas, a veces al calor de la crítica de los defectos en la configuración técnica de delitos que describen formas de autojusticia, y, en otras, por la fascinación malsana de identificar sin más la función jurisdiccional con su ejercicio a través del proceso. Por lo que hace a lo primero y entre otros ejemplos, Antolisei considera que la regulación que dispensa el Código italiano a la realización arbitraria de las propias razones, estaría viciada por una doble y profunda contradicción: la de que, requiriendo el acto violencia sobre cosas, o violencia o amenazas a una persona, su punición, más recatada que las penas de las coacciones y los daños, lejos de reflejar el desvalor del delito y la correspondiente ofensa a la Administración de Justicia, concedería un privilegio injustificado a unos ataques contra la libertad o la propiedad; y, en seguida, la de que la índole privada de la acción penal que deriva del delito de autojusticia, no se compadece con la protección de ese interés público que pretexta el plan del cuerpo punitivo³⁴. En este orden de ideas, el tantas veces censurado, por su estrechez, artículo 337 del viejo Código español (y el paralelo artículo 494, número 20, del chileno), aunque limitase los supuestos típicos de autojusticia al del acreedor que, con violencia o intimidación, se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, jamás mereció reproches del apuntado talante, por la real titularidad de un derecho subjetivo en el autor y la inequívoca dirección precipua, objetiva y subjetiva —el ánimo de saldar la deuda con la cosa arrebatada—, del acto contra el poder de los tribunales. Por lo que a lo segundo respecta, afirmar que la resolución, por procedimientos violentos o conminatorios, de una pretensión jurídicamente fundada, “no afecta directamente al ejercicio de la función que se pretende proteger”, y que aquí, por ende, la ley más bien castigaría el empleo indebido de esos medios ejecutivos³⁵, comporta ignorar uno de los presupuestos básicos de la función jurisdiccional. El acto de quien toma en sus manos la jurisdicción, la *niega* como potestad, menosprecia su finalidad última, que es hacer cierto el Derecho en los casos controvertidos y asegurar, así, su efectividad, y hace tabla rasa del monopolio de la aplicación de la fuerza, que es el medio que el Estado se reserva para lograr tal fin.

³³ Ya que, en el fondo, con su conducta el sujeto de la infracción declara lo que supone ser Derecho, o sea, se arroga la autoridad “de manifestar en un hecho concreto, especial y práctico, lo que él considera (con razón o sin ella) como un precepto de la ley universal jurídica”. CARRARA, op., ed. et vol. cit., pág. 23 (§2484). Véanse también CARMIGNANI, *Elementos de Derecho criminal*. Traducción de Antonio FORERO OTERO. Temis, Bogotá, 1979, págs. 334 y 357 y ss., y, en lo que hace a la opinión de los clásicos y comentaristas españoles (PACHECO, GROIZARD, VIADA, y ÁLVAREZ y VIZMANOS), BAJO FERNÁNDEZ, *La realización arbitraria del propio derecho*. Civitas, Madrid, 1976, págs. 59-60.

³⁴ Op., ed. et. vol. cit., cfr. págs. 968-970.

³⁵ GARCÍA ARÁN, *Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia*, etc., cit., cfr. pág. 523.

A su turno, una combinación de razones de supremacía e independencia en la función jurisdiccional fundamenta el injusto de la usurpación de atribuciones judiciales por cuenta de empleados del orden administrativo³⁶. El predominio del poder estatal, de la manera en que lo traduce esta función, reclama la exclusividad de su ejercicio también y sobre todo frente a la Administración del Estado y el Poder que la detenta. Esto, si parece claro a la luz de la autarquía de que participa la jurisdicción en cuanto forma expresiva del poder soberano, no lo ha sido en la misma medida al contacto de la segunda nota característica de la soberanía; o sea, el motivo de la independencia de la función jurisdiccional es el que suscita ciertas dificultades en trance de determinar la índole de estas conductas usurpadoras, y ello, a consecuencia de la incuestionable significación y trascendencia políticas de la autonomía del Poder judicial. Por este último camino hay quienes piensan que la arrogación de atribuciones judiciales por funcionario público vendría a ofender, no la Administración de Justicia, sino el principio de división de poderes y, a la postre, la Constitución³⁷ o la seguridad interior del Estado³⁸. Sin embargo, el reparo pretiere que la Constitución es sólo una fuente de conocimiento del Derecho y, adicionalmente, que, por subida que sea su importancia en la estructura jerárquicoformal del ordenamiento e incluso tomando en cuenta que en ellas se instituye —más exactamente, recepta (del Derecho político) y codifica— bienes jurídicos, las Constituciones, por sí solas, no son objetos protegidos. Además, si lo tomamos en su significación prístina y en la pureza de su entidad aislada, tampoco el principio de la división de los poderes conforma un interés que el Derecho cautele, aunque sería vano negar que este apotegma configura una de las condiciones de las que depende la estructura íntima de la entidad estatal, estructura en la plasma la organización política de la comunidad, esto es, que contribuye a dar cuerpo a su seguridad interna. Con todo y eso, la teoría que pretende hurtar a la Administración de Justicia la usurpación de atribuciones judiciales, para consignarla a la seguridad del Estado, pasa por alto esta vez que las conductas en discusión son sancionadas, en los diversos Derechos positivos, con puniciones por lo regular más reducidas —incomparablemente más reducidas— que las de los genuinos delitos contra la seguridad interior, y ya se sabe que las penalidades son *ratio cognoscendi* de la importancia objetiva del bien que anima a cada figura delictuosa. El menor desvalor de estos ilícitos resulta harto elocuente en orden a que su perpetración ni siquiera pone en peligro la seguridad del Estado e indica, asimismo, que lo que comprometen no es, en definitiva, la independencia del Poder judicial

³⁶ Del mismo parecer, LUZÓN-PEÑA, op. cit., cfr. págs. 779-780.

³⁷ Así, en España, RODRÍGUEZ DEVESA, op. et ed. cits., cfr. págs. 712-718, y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. Parte especial, 11ª edición, cit., págs. 699-702.

³⁸ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., págs. 477-478, y COBO DEL ROSAL y otros, op. et ed. cits., pág. 119.

en su significado político, cuanto la consideración de dicha autonomía en su dimensión administrativofuncional, según el principio de división del trabajo. Lo anterior, sin mencionar que el número *plural* de delincuentes reclamado por las acciones típicas, al menos en dos paradigmáticos crímenes contra la seguridad del Estado en la tradición jurídica hispánica —rebelión y sedición—, se amolda de mala manera a la intervención *individual* del funcionario público, que sin derecho y unilateralmente decide investirse de facultades judiciales. Por supuesto, es del todo factible que un movimiento rebelde o sedicioso, encabezado por miembros de la Administración, principie con una arrogación o impedición groseras de atribuciones jurisdiccionales³⁹, aunque de una hipótesis semejante nadie deducirá la necesidad de someter a los sublevados a las penas de la usurpación de funciones. Lo vedaría el hecho cierto del menoscabo habido en la regularidad de las condiciones que permiten discurrir de una usurpación de funciones públicas dentro del Estado de Derecho. En el fondo y examinándola en su entidad lógica, o sea, cual mera posibilidad abstracta, la usurpación tiene como supuesto jurídico y político la normalidad substancial de tales condiciones.

Habiéndose establecido que Administración de Justicia y función jurisdiccional son dos maneras distintas para designar una misma entidad, es evidente y debe subrayarse que *no* conciernen a ésta, sin embargo, todas las esferas de actividad que complimentan los órganos o sujetos a los que se confía el ejercicio de la jurisdicción, sino únicamente aquel segmento que materializa la tarea de declarar con fuerza coactiva el Derecho a supuestos fácticos concretos. Este principio, que ata con firmeza la actividad y el órgano a la substancia contentutista de la función jurisdiccional, excluye del objeto jurídico que venimos examinando ese conjunto de actos, instrumentales para el correcto desempeño de la jurisdicción, que tienen naturaleza administrativa, a pesar de la calidad de su autor, un *intraneus* profesional del Poder judicial. Puesto que en esta materia ha de prevalecer el aspecto objetivo de la jurisdicción, dice con sobrada razón Otto Mayer que “los tribunales pueden estar encargados de toda clase de gestiones y actos preparatorios necesarios para la buena marcha de la justicia, tales como la conservación del material, nombramiento para servicios subalternos; pero por lo mismo que ello no significa mantener el orden jurídico mediante el poder público, no es justicia, sino administración”⁴⁰. Ahora, si, de la mano de este principio, es verdad que a la Administración de Justicia no incumbe *todo* el quehacer de los jueces,

³⁹ Los ejemplos históricos están a la vista; y por mencionar sólo uno, acaecido en los días en que escribimos estas cuartillas —el verano austral de 1999—, pensemos en el tristísimo episodio que ha abrumado al Paraguay, poniendo en serio riesgo la organización política del país.

⁴⁰ *Derecho administrativo alemán*. 4 vols. Traducción directa del original francés por Horacio H. HEREDIA y Ernesto KROTOSCHIN. Depalma, Buenos Aires, tomo I (Parte general), 1982, pág. 9.

debiéndose disgregar de su seno la denominada Administración Judicial (*Justizverwaltung*), o sea, una de las múltiples hebras con que se teje el complicado mecanismo de la administración del Estado⁴¹, no lo es menos que, por la inversa, le competen siempre e invariablemente las actuaciones de jueces y colaboradores del Poder judicial, en tanto que tales jueces y colaboradores, es decir, en la medida en que unos y otros, en sus respectivos casos, ejercen la jurisdicción o cooperan con ella. El *télos* de la función jurisdiccional resulta de nuevo decisivo para el intérprete, y marca los límites, que pueden ser fluidos, entre un acto relevante para la Administración de Justicia y otro que, en verdad, interese a la Administración pública, lo cual —reiterémoslo— vale tanto respecto de los sujetos que invisten la potestad de declarar el Derecho, como para las autoridades o los funcionarios del Poder ejecutivo que deban prestar a los jueces auxilio. Por lo demás y al margen de su necesidad y pertinencia técnicas, esta distinción conceptual tiene gran trascendencia política, o, si se quiere, implicancias políticas, ya que una noción global de la Administración, que arrastrase hacia su férula todos los deberes de los funcionarios, sin discernir la orientación funcional (teleológica) de cada una de las obligaciones, comportaría degradar la teoría de la separación de los poderes a un simple criterio formal de distribución de competencias, favoreciendo, de paso, una protección compacta del Estado y los demás entes públicos, incluso los menores, imposible de conciliar con la esencia y estructura del Estado de Derecho y una concepción liberal de la vida en común.

El contenido de la función jurisdiccional se desarrolla por el conducto de esa actividad formalizada, sucesiva y teleológicamente orientada que denominamos proceso. La secuencia de sus fases, el conjunto de relaciones jurídicas que entraña, con los consiguientes derechos y obligaciones que atribuye e impone al juez y a los otros órganos de la jurisdicción, a las partes y los terceros, no menos que su conclusión en una sentencia provista de la autoridad de cosa juzgada, precisan de protección jurídica, siquiera resulte algo paradójico que el proceso, siendo en sí mismo y por antonomasia un instrumento de tutela del Derecho, tenga que ser protegido por éste⁴². Pero la

⁴¹ El conocido fenómeno de la yuxtaposición de cometidos funcionales heterogéneos en el ámbito de un sólo Poder del Estado, lo explica Jellinek con ilustrativa frase: "no son consideraciones de belleza arquitectónica las que determinan el orden real del Estado, sino consideraciones acerca de sus fines, las cuales traen consigo muchas veces desviaciones incluso de reglas expresamente reconocidas". Op. cit., pág. 466.

⁴² Cfr. COUTURE, *Fundamentos del Derecho procesal civil*. Tercera edición (póstuma). Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 148. Welzel plantea la paradoja en la forma de una pregunta más amplia, al principiar su estudio de los delitos contra los intereses del Estado, puesto que —dice— "*wenn der Staat Hüter des Rechts ist, wie kann er sich selbst durch das Recht hüten lassen?*" *Das deutsche Strafrecht*. Eine systematische Darstellung. Walter de Gruyter & Co., Berlin, 11ª ed., 1969, pág. 480.

perplejidad se desvanece no bien advertimos que la tutela jurídica del proceso forma parte de la tutela de la función jurisdiccional. Este extremo ha sido mal entendido por los autores que, al amparo de la teoría de la "actividad jurisdiccional", reducen la función del *ius dicere* al proceso, y lisa y llanamente mutilado por aquellos que, formando mayoría en la doctrina administrativa, consideran del todo ajena al proceso la etapa de ejecución de los fallos civiles, o criminales⁴³. Tampoco es raro tropezar en la obra de algunos penalistas con el aserto de que la incorporación de los delitos de quebrantamiento de condena, evasión de presos, frustración del cumplimiento de fallos civiles, etc., entre los atentados contra la Administración de Justicia, desleiría el perfil riguroso de la jurisdicción⁴⁴. En cambio, el punto de vista prevaleciente en la doctrina procesal insiste en que la ejecución es actividad jurisdiccional, sin importar que incida en asuntos civiles⁴⁵ o criminales⁴⁶; y con suma exactitud replica Otto Mayer, desde la ribera del Derecho administrativo —lo que dota de un valor e interés especiales a sus palabras—, que "la justicia no aparece sólo en los actos en los cuales el juez procede personalmente; comprende también todo lo que mediante el concurso del juez y bajo su dirección, se hace con ese fin [la declaración de lo que debe ser Derecho según el ordenamiento en un caso individual], en nombre del Estado; los actos del Ministerio Público, las notificaciones, los embargos y otras medidas coactivas efectuadas por los agentes de la ejecución judicial"⁴⁷. La máxima *iurisdictio sine executione esse non potest* expresa de inmejorable manera por qué el cumplimiento de los fallos es inseparable de la función jurisdiccional. No importa tanto que, despojados de la posibilidad eficaz de ejecución, éstos serían huera emisiones de voz carentes de trascendencia individual y social, ya que lo esencial es que se desmoronaría el fin de la jurisdicción. Después de todo,

⁴³ Cfr., por todos, GARRIDO FALLA, 'Funciones del Estado', en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., tomo X, 1985, págs. (512 y ss.) 516.

⁴⁴ Cfr. Boscarelli, op. et loc. cit., pág. 614. Sin embargo, del siglo XVIII y de la propia Italia provienen estas justísimas palabras: "últimamente a más de los magistrados y de los jueces la justicia pública necesita de algunas manos subalternas para la ejecución de las órdenes de estos mismos magistrados y jueces; para citar, asegurar y custodiar las personas que estos han llamado a juicio, y para executar los decretos que han dado", lo que da origen a una serie de "delitos contra la justicia pública de los ministros subalternos", como la evasión de presos, entre otros. FILANGIERI, *Scienza della legislazione*. 4 vols. Napoli, 1780-1783. Traducción castellana por Jaime RUBIO, en 10 vols. Imprenta que fué de Fuentenebro, Madrid, Tomo VII, 1813, págs. 91-93.

⁴⁵ "La actividad ejecutiva es actividad jurisdiccional. Los órganos de la jurisdicción no pierden en ningún momento, dentro de ella, la actividad cognoscitiva, y si bien en los hechos la actividad de los auxiliares es más visible que la actividad de los magistrados, no es menos cierto que sólo actúan dentro de nuestro Derecho, por delegación de éstos". Couture, op. et ed. cit., pág. 443.

⁴⁶ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*. Décima edición. Nueva tirada puesta al día. Madrid, 1987, págs. 8-9 (aunque, ahí mismo, con las reservas tan acostumbradas como lamentables en la doctrina respecto del cumplimiento de las penas privativas y restrictivas de la libertad).

⁴⁷ Op. et vol. cit., pág. 9.

si dicha finalidad obedece a la exigencia de dotar de seguridad al Derecho ante asuntos controvertidos determinados y garantizar la certeza de los justiciables merced a la efectividad del ordenamiento, es natural que esos imperativos de seguridad y certeza no queden plenamente servidos con el mero pronunciamiento formal de las resoluciones. “No puede haber duda —escribe Satta— de que la limitación de la jurisdicción a la declaración del Derecho es fruto de error. El ordenamiento se afirma ya sea con la declaración de certeza (del Derecho), ya sea con la reintegración del Derecho (declarado cierto). Esta última es incluso la máxima expresión del ordenamiento, puesto que en ella el ordenamiento se hace acción”⁴⁸. Únicamente el cumplimiento de las sentencias hace reconocible la voluntad concreta de la norma al entendimiento del ciudadano, proporcionando a la una eficacia —otra manera de llamar a la seguridad jurídica— y al otro certeza en cuanto a lo que el Derecho permite o interdice. Por consiguiente, la ejecución íntegra de plano la jurisdicción, puesto que corona la función estatal correspondiente, y los actos que la obstaculizan o frustran no conciernen, salvo en las apariencias, a la Administración del Estado⁴⁹.

Recogiendo los cabos de lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que el sistema de los delitos contra la Administración de Justicia y su estudio por menorizado, distan mucho de requerir un concepto penal para ésta, es decir, una noción de la Administración de Justicia dotada de contornos más dilatados que los que determinan las ramas del Derecho a cuyo abrigo se ha constituido y modelado como objeto jurídico. Existe, a menos de prueba en contrario, una continuidad uniforme entre las últimas y el Derecho punitivo, ya que lo que regula el ordenamiento es la función jurisdiccional, que es una sola y siempre la misma en el concierto de la enciclopedia jurídica. Esto aparte, es ciertamente factible, y de hecho ocurre, que los Códigos que reservan al tema un título o capítulo específicos amalgamen en éstos infracciones que conciernen a la jurisdicción junto a otras que no tienen, rigurosamente hablando, una relación substancial con ella. Pero una interpretación orientada según el bien jurídico deberá separar las figuras extrañas de esta provincia de la Parte espe-

⁴⁸ Y prosigue: “la cual acción [...] se desarrolla y se cumple a través de un proceso que comprende en su estructura la constante posibilidad de afirmación del ordenamiento en el juicio, a través de las varias formas de oposición. Quien niega la jurisdiccionalidad de la ejecución olvida simplemente la organización del respectivo proceso”. *Derecho procesal civil*. 3 vols. Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo III (*Soliloquios y coloquios de un jurista*), 1971, pág. 299.

⁴⁹ Siquiera respecto de la aplicación de las penas privativas de la libertad toda una prolongada experiencia histórica pretenda indicar lo contrario. Acerca de esto, cfr. RIVACOBRA, *Función y aplicación de la pena*. Depalma, Buenos Aires, 1993, págs. 111-118, y GUZMÁN DALBORA, *Diagnóstico y perspectivas del binomio judicialización-jurisdiccionalización en el cumplimiento de las penas privativas de la libertad*, en la *Revista brasileira de ciências criminaís*, de São Paulo, año 6, número 22, abril-junio de 1988, págs. 227-240.

cial, digan lo que quieran las rúbricas de la ley, que —mas esto es resabido— no son vinculantes para el intérprete sino en la medida en que reflejen su voluntad objetiva.

Con estos recaudos, convenimos en la síntesis de Ranieri, para quien lo protegido en los delitos contra la Administración de Justicia viene a ser “el interés del Estado en el funcionamiento normal de la actividad judicial pública, que exige, además de la normalidad de su ejercicio, el respeto debido a sus providencias y la subordinación de los particulares a su potestad para la solución de sus controversias”⁵⁰.

4. Reconocimiento jurídico e importancia de la Administración de Justicia. Es un lugar común en nuestra disciplina la afirmación de que varias de las más destacadas figuras delictuosas que ofenden la Administración de Justicia ostentan rancio abolengo histórico, aunque ni las legislaciones antiguas y modernas ni el paralelo laborío doctrinal columbrasen jamás su referencia a la jurisdicción⁵¹. Paradigma de lo cual es el falso testimonio, delito que conservó durante siglos su primitivo cariz religioso y lo promiscua después, en la época del Derecho común, con la polimorfa silueta del *crimen falsi*⁵². Nada tiene todo esto de extravagante, considerando que si bien la función jurisdiccional ha acompañado la existencia y actividad estatales desde tiempos pretéritos, serán sólo las transformaciones jurídicas ilustradas y revolucionarias de la segunda mitad del siglo XVIII las que permitirán distinguirla de las restantes dimensiones del poder soberano, al ritmo del imperioso requerimiento de salvaguardar la independencia del Poder judicial.

A este fenómeno se debe que el *reconocimiento* de su calidad de objeto jurídico hubo de recibirlo la Administración de Justicia mano a mano del nacimiento de la organización política liberal y el Estado de Derecho, y que, en consecuencia, materializasen la acogida las grandes declaraciones de derechos y las principales Constituciones políticas del período a caballo entre los siglos XVIII y XIX. “*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución*”, reza el artículo XVI de la gloriosa Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789⁵³, y en la

⁵⁰ *Manual de Derecho penal*. 6 vols. Versión castellana de Jorge GUERRERO. Temis, Bogotá, tomo IV, 1975, pág. 4. O, según prefiere Jannitti-PIROMALLO, “toda la actividad judicial, como conjunto de medios preestablecidos para la realización de la función jurisdiccional, seguida durante el normal desarrollo de ésta hasta la ejecución de lo juzgado”. Op. cit., págs. 41-42.

⁵¹ Cfr. Jannitti-PIROMALLO, op. cit., págs. 1 y 19.

⁵² Cfr. ARZT y WEBER, op. et vol. cit., págs. 74-75, y JIMÉNEZ ASEÑO, ‘Falso testimonio’, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., tomo IX, 1958, págs. (527 y ss.) 528-529.

⁵³ El artículo XXIV de la Declaración que votó la Convención en 1793 y encabeza la Constitución francesa de 24 de junio del mismo año, hace constar la imposibilidad del goce y la conservación de los derechos, “si los límites de las funciones públicas no están claramente determinados por la ley”.

Declaración de Virginia, de 12 de junio de 1776, el artículo V ordenaba "que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben ser separados y distintos". Sin mengua de la proyección e influjo universales de estos documentos, interesa particularmente a los países iberoamericanos y delimita con incuestionable precisión la función jurisdiccional, el artículo 245 de la ya mencionada Constitución española de 19 de marzo de 1812, al tenor del cual "los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado".

Pero el plan de los Códigos penales del siglo decimonónico tardó, y se tomó bastante tiempo, en hacerse eco de este aspecto de la mudanza habida en las valoraciones del pasado. En los más importantes cuerpos punitivos de la época, comenzando por el influyente Código francés de 1810, los delitos contra la Administración de Justicia vagaban por sectores inadecuados, en un desorden que los entremezcló con infracciones de naturaleza sumamente desigual⁵⁴. Era el precio que hubo que sufragar, en el plano político, a la trabajosa afirmación de la independencia de las funciones judiciales frente a la Administración, y, en el científico, al incipiente estadio en que versaba el estudio sistemático de la Parte especial. De hecho, una rúbrica y un título legislativos autónomos para estas infracciones, son tardía creación italiana; aparecen con el Código de Zanardelli, en 1889 —es decir, en las postrimerías de la centuria—, que sobre el particular se apartó de lo que sugerían las líneas de la codificación preunitaria y distinguió con relativa claridad los delitos contra la Administración de Justicia de los que incumben a la Administración pública⁵⁵. Ya avanzado el siglo XX, el Código de Rocco, de 1930, profundiza

⁵⁴ En el *Code* el falso testimonio y el perjurio (arts. 361-366) figuraban en la sección VII, capítulo primero ("des crimes et délits contre les personnes"), título II ("crimes et délits contre les particuliers"), del libro III, en medio de una congerie de delitos —entre otros, los homicidios y secuestros— contra bienes de titularidad individual. Diversos posteriores ataques contra la Administración de Justicia yacían diseminados, aquí y allá, sin orden ni concierto, en el título I ("crimes et délits contre la chose publique") del propio libro: la prevaricación-denegación de Justicia (art. 185), quedó como un delito cometido por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones; la evasión de detenidos (arts. 237 y ss.), entre las resistencias y desobediencias contra la autoridad pública, y así sucesivamente.

⁵⁵ "Respecto del período anterior a la entrada en vigencia del Código penal italiano de 1899, sería vana la empresa de buscar en los Códigos italianos y extranjeros un título autónomo de los delitos contra la Administración de Justicia", advierte JANITTI-PIROMALLO, op. cit., pág. 1. Y es verdad. Por ejemplo, el libro II del Código penal para el Gran Ducado de Toscana, de 20 de junio de 1854, ubicó la evasión de detenidos y el quebrantamiento de condena en el capítulo II, título III, o sea, entre los "delitos contra la Administración pública", y las calumnias, el perjurio y el falso testimonio, en el capítulo V del título V ("delitos contra la fe pública"). Antes, y basándose en Filangieri (op. et vol. cit., cfr. págs. 82-93), Romagnosi ("delitos contra la fe pública"). Antes, y basándose en Filangieri (op. et vol. cit., cfr. págs. 82-93), Romagnosi, incardinó los delitos contra la Justicia pública, como una subespecie de los que menoscaban el orden público, en su Proyecto de Código penal para el Reino de Italia, de 1807. Cfr. Janitti-Piromallo, pág. 20, así como págs. 26-29, donde reproduce los fundamentos de la decisión que adoptó el codificador de 1899. No se nos alcanza por qué QUINTERO OLIVARES (*Los delitos contra la Administración de Justicia*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, número extra, dedicado al Proyecto de Código penal de 1980, año LXXIX, 1980, cfr. pág. 191) estima que la expresión con que rubrica su artículo sería "de aparición temprana en el marco del movimiento codificador europeo".

el sesgo autónomo de estos delitos, y su reconocido prestigio, no menos que el del suizo, de 1937, que también destina un título común al grupo, hizo que el epígrafe tuviese aceptación en otros muchos de las décadas posteriores y en casi todos los de nuestros días.

Casi resulta sobreabundante e innecesario explayarse sobre la importancia de la Administración de Justicia y la necesidad de cautelarla especialmente ante sus atentados más graves. Siendo finalidades preeminentes de la jurisdicción servir de última garantía de los intereses individuales y colectivos, no menos que posibilitar el imperio del Derecho en la comunidad, es inevitable que los delitos que la ofenden hayan de poner "en riesgo la propia existencia de la protección jurídica; lo que todos sienten cuando se verifica, es una oscilación que amenaza las garantías fundamentales, que constituyen la esencia de esta institución. De ahí su repercusión profunda y, también, la mayor intensidad de sus efectos. La confianza pública es herida en su punto nuclear. Extinguida la fe en la intangibilidad de la justicia y en la regularidad de su administración, desaparece una de las condiciones fundamentales de la tranquilidad pública" o paz social⁵⁶. Por esta trabazón teleológica entre la función jurisdiccional y la tutela jurídica que debe suministrar el Estado al ciudadano⁵⁷, muy a menudo acaecerá que los delitos contra la primera generen, suplementariamente, un riesgo concreto de lesión e incluso el real menoscabo de bienes de titularidad individual. A la vista están, demostrándolo, ciertas formas de la prevaricación judicial, el testimonio falso y la acusación o denuncia calumniosas, entre otros.

5. Sentido y alcance de su tutela penal. El *sentido* de la protección penal de la Administración de Justicia está condicionado por el *carácter* del objeto valorado. Es cosa pacífica en la doctrina que la Administración de Justicia constituye un interés de pertenencia estatal, porque la función jurisdiccional, a fin de cuentas, es siempre espejo de una atribución soberana, inseparable del único ente que detenta los poderes públicos. De lo que provienen su indisponibilidad y la consiguiente irrelevancia del consentimiento en estos delitos. En la última circunstancia, esto es, la falta de efecto desincriminante del consentimiento, y en la común característica pluriofensiva de las infracciones correspondientes, ha de hacerse ciudadano hincapié llegada la hora de desbrozar el grupo, lo mismo para descargarlo de los delitos que no interesan a su contenido que para asegurar sitio a aquellos que sí le pertenecen, por

⁵⁶ Covello, *Ensaio da teoria sôbre os delitos contra a justica*, en *Anais do 1º Congresso Nacional do Ministério Público*, tomo V, pág. 343, cit. por Noronha, op., ed. et vol. cits., cfr. págs. 467-468.

⁵⁷ Pensando en ella, y acaso extremándola un poco, Sauer llega a decir que los delitos contra la Administración de Justicia atacan, en último término, la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*). *System des Strafrechts*. Besonderer Teil. Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin, 1954, cfr. pág. 483.

dispersos que éstos se encuentren en los cuerpos punitivos, sobre todo los más antiguos. Al respecto y entre otros ejemplos, se ha escrito de la acusación falsa, según el § 164 del Código alemán, que, a pesar de la doble dirección de una ataque que hiere a la vez la Administración de Justicia e intereses individuales, el consentimiento del sujeto denunciado “no justifica el hecho, porque en la acusación antijurídica prevalece el bien de la Administración de Justicia, que es indisponible”⁵⁸. A la inversa, el efecto eximente del consentimiento será índice definitivo, para los delitos de ubicación sistemática incierta, de que ellos no protegen, o al menos no protegen en primera línea, la incolumidad de la jurisdicción, y de que tampoco hacen a la entidad estatal. La tipicidad de la punición arbitraria o irregular, según los artículos 178-180 del viejo Código español, y 152-154 del chileno, pongamos por caso, desaparece cuando el sujeto a quien se impuso el castigo equivalente a una pena corporal autorizó la privación, aunque el autor se arrogue las atribuciones judiciales aludidas en la descripción legal; lo que ésta protege, ante todo, es la libertad⁵⁹.

En seguida, por lo que se refiere a su *alcance*, la tutela punitiva de la Administración de justicia se extiende tanto a formas de lesión como a actividades de mera puesta en peligro. Aunque resulta algo precipitado sentar conclusiones terminantes en este argumento, considerando que él exige atender al régimen particular de los delitos conforme a cada Derecho positivo, somos de la opinión que la mayoría de los ordenamientos que mencionamos a lo largo de estas páginas consultan ambos aspectos de la integridad de la jurisdicción, siquiera, eso sí, las figuras de riesgo —piénsese en la presentación de pruebas falsas en juicio (art. 212 del Código chileno), y de testigos o documentos falsos e intérpretes o peritos mendaces (art. 461 del español)— forman un grupo relativamente reducido⁶⁰. Por último, atañe a los límites de

⁵⁸ ARZT y WEBER, op. et vol. cit., pág. 117.

⁵⁹ En cambio, como delito contra la división de poderes y con constante referencia al judicial, estudian la infracción MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. Parte especial, 8ª ed., cit., cfr. págs. 618-619; RODRÍGUEZ DEVESA, op. et ed. cit., cfr. págs. 716-717; TERRADILLOS BASOCO, en *Código penal comentado*, coordinado por Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y Luis RODRÍGUEZ RAMOS. Akal, Madrid, 1990, cfr. págs. 416-419; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*. Parte especial. Segunda edición (corregida y puesta al día), Bosch, Barcelona, 1992, cfr. págs. 740-741, y la generalidad de los penalistas españoles.

⁶⁰ FIANDACA y MUSCO, en una apreciación difícil de compartir, sostienen que *todos* los delitos contra la Administración de Justicia son de peligro, ya que su consumación no dependería “de la prueba de un perjuicio efectivo a la función jurisdiccional (prueba, por otra parte, extremadamente ardua), siendo suficiente que el acto resulte idóneo para exponer a riesgo el ejercicio de dicha función” (op. et vol. cit., pág. 255). Cuando, en una cuestión particular, o sea, la aseveración (ibídem, pág. 278) de que el falso testimonio sería una actividad de peligro, se reconozca un fondo de verdad (porque la deposición del testigo sólo adquiere relevancia, como fundamento de la decisión, en el fallo, cuyo contenido la declaración falsa puede alterar), tampoco se desprecie el dato de que ya en la fase de investigación los dichos del testigo mendaz en un procedimiento criminal perjudican el estado de la instrucción, motivando diligencias y actuaciones indebidas —la misma declaración del testigo falso hace perder tiempo y recursos—, innecesarias o inconducentes, y mueven a error al magistrado sobre un elemento de convicción que cree serio y disponible. Conviene aquí recordar la advertencia de Von Liszt, pues si los delitos de falso testimonio

la tutela penal de la jurisdicción el certero comentario de Maurach: como los principios fundamentales que yacen en los tipos de los delitos contra el Estado reciben sólo la protección del propio Estado, así también estos delitos protegen únicamente la Administración de Justicia nacional⁶¹.

responden a la necesidad de precaver la insidia de que la Administración de Justicia deje de adoptar decisiones exactas y fundadas, también constituyen "atentados contra dicha Administración en su derecho a obtener de los justiciables deposiciones absolutamente conformes a la verdad". *Traité de Droit pénal allemand*. 2 vols. Traducido sobre la 17ª edición alemana (1908), por René LOBSTEIN. Giard & Brière, Paris, 1911-1913, tomo II, pág. 452.

⁶¹ *Deutsches Strafrecht*. Besonderer Teil. 4. Auflage. Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1964, cfr. pág. 633.