



Prevaricación (delitos de)

Félix María Pedreira González

Universidad Complutense de Madrid

fmpedreira@der.ucm.es

Resumen

Sendas referencias a los sentidos etimológico y gramatical del término “prevaricación” preceden en este trabajo al análisis de los tipos penales previstos en los artículos 404 y 446 del Código Penal, que articulan, respectivamente, los delitos de prevaricación de funcionario público y de juez o magistrado. El autor examina en primer lugar los bienes jurídicos que cabe considerar protegidos y que se identifican con el correcto ejercicio de la potestad administrativa, en el primer caso, y de la función jurisdiccional, en el segundo. Completan dicho examen la identificación del sujeto activo y de la conducta típica de ambos delitos y de las figuras delictuales afines de las que cabe distinguirlos.

Palabras clave

Prevaricación de funcionario público, prevaricación judicial, a sabiendas, carácter injusto, prevaricación imprudente.

Breach of legal duty (crime of)

Abstract

Both references to the etymological and grammatical meanings of the term “Breach of legal duty” precede within this work to the analysis of the sort of penalties foreseen at the articles 404 and 446 of the Penal Code, which present, respectively, the crimes of breach of legal duty by a government employee or a judge. Firstly, the author examines the juridical goods which should be considered as protected and which are identified with the correct exercise of legal authority, in the first case, and with the jurisdictional function in the second case. This is completed by the identification of the active agent and the normal conduct of both crimes and of the similar criminal figures from which they should be distinguished.

Keywords

Breach of legal duty, judicial breach of legal duty, deliberately, unfair character, unwise corruption.

1. Consideraciones generales

Etimológicamente, prevaricación procede del latín “*praevaricatio*”, que deriva a su vez de “*prae*” y “*varus*” (piernas torcidas o huesos de las piernas torcidos). Desde esta perspectiva etimológica, prevaricar equivaldría a andar de forma torcida o desviarse del camino recto.

Desde un punto de vista gramatical, se ha venido definiendo la prevaricación como faltar uno voluntariamente a la obligación de la autoridad o cargo que desempeña, quebrantando la fe, palabra, religión o juramento¹. En la actualidad, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ya define la prevaricación en su sentido más propio y estricto como “el delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta una autoridad, un juez o un funcionario”.

Tradicionalmente, los legisladores españoles han venido incluyendo bajo la rúbrica “De la prevaricación” comportamientos que no consisten propiamente en el dictado de una resolución injusta, como sucede hoy día con la negativa a juzgar (art. 448 CP) o el retardo malicioso en la administración de justicia (art. 449 CP). No obstante, al margen de la inclusión de estas figuras más o menos afines bajo la misma rúbrica, cuando se alude a la prevaricación suele hacerse en su significado más propio y estricto, como aquélla conducta consistente en el dictado de una resolución contraria a Derecho o, siguiendo la terminología utilizada por el § 339 del Código Penal alemán, en el torcimiento del Derecho (“*Rechtsbeugung*”). Este comportamiento se encuentra previsto, para el ámbito de la Administración Pública, en el Libro II, Título XIX (“Delitos contra la Administración Pública”), Capítulo Primero (“De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”), art. 404 CP, y, para el ámbito de la Administración de Justicia, en el Libro II, Título XX (“Delitos contra la Administración de Justicia”), Capítulo Primero (“De la prevaricación”), arts. 446 y 447 CP.

2. Prevaricación de funcionario público

El art. 404 CP establece: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

En cuanto al bien jurídico protegido en el art. 404 CP, éste sería, conforme a la posición mayoritaria, el correcto ejercicio de la potestad administrativa como servicio público o la función pública que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la legalidad existente (González Cussac, 1997: 24).

Con respecto al sujeto activo, como puede observarse, el art. 404 CP se refiere a la autoridad o funcionario público. Nos encontramos ante un delito especial propio, en el que se produce una limitación jurídica de la esfera de posibles autores, no existiendo correspondencia con otro delito común. Para integrar los conceptos de autoridad y funcionario público, hay que acudir al art. 24 CP que establece: “1.- A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna

¹ Cfr. Córdoba Roda (2004: 2128); Groizard y Gómez de la Serna, A. (1871: 82); Pacheco (2000: 841); Ramos Tapia (2000: 88); Rodríguez Devesa (1991: 1133)

corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. No obstante, debe aclararse que del art. 404 CP han de excluirse los Jueces y Magistrados, que entran en el ámbito de los arts. 446 y 447 CP.

La conducta típica consiste en dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Por resolución se entiende todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio, que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados (González Cussac: 1997: 49). Pero, sin duda, son los elementos de la injusticia y de la arbitrariedad los que constituyen la cuestión más trascendente y, al tiempo, más compleja de los delitos de prevaricación. Por lo que respecta a la arbitrariedad, ésta la define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como un “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la voluntad o por el capricho”. La injusticia supone, según el mismo Diccionario, una “acción contraria a la justicia o falta de justicia”. Las diferentes teorías que se han ensayado acerca del carácter de la resolución en el ámbito de la prevaricación pueden agruparse, esencialmente, en subjetivas, objetivas y mixtas, en función de la trascendencia que otorgan a la íntima convicción de quien dicta la resolución. Bajo nuestro modelo Constitucional, propio de un Estado de Derecho, mayoritariamente se mantiene que la determinación de la arbitrariedad de la resolución debe hacerse en clave objetiva, mereciendo tal calificación la resolución que no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. Sin embargo, en el caso de la prevaricación administrativa, no sólo es posible, sino también conveniente, una mayor restricción, acorde con la diferente función del juez y del funcionario administrativo en sentido estricto, pudiendo cometerse prevaricación administrativa no sólo por sobrepasar los límites del ordenamiento jurídico (teoría objetiva tradicional), sino también por dictar una resolución que no sea la que más favorezca los intereses generales, aun cuando se halle dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles (Martínez Altamirano y Pedreira González, 2008: 2149). Esta concepción objetiva restringida no sólo permite superar las objeciones que presentan los restantes criterios en el ámbito de la prevaricación administrativa, sino que resulta conveniente desde una perspectiva político-criminal y acorde con la configuración constitucional de la función de la Administración pública.

La expresión “a sabiendas” contenida en el art. 404 CP comúnmente se identifica con el dolo, esto es, con la exigencia de conciencia y voluntad. No obstante, se discute si el “a sabiendas” contiene únicamente los supuestos de dolo directo o si también incluye el dolo eventual. A nuestro juicio, si de la expresión “a sabiendas” pudiera inferirse que exige no sólo saber sino saber con certeza, plantearía dificultades ir más allá del dolo directo y defender su compatibilidad con el dolo eventual, pero dicha alusión no requiere un conocimiento de dichas características. Como ya puso de manifiesto Octavio de Toledo y Ubieto (1980: 372) la función del “a sabiendas” no es otra que trazar una frontera entre todo lo doloso, incluido el dolo eventual, y todo lo imprudente.

Hoy día ya no se contempla la modalidad imprudente de este delito, pero, aunque exija descender a la cruda realidad, no conviene olvidar las verdaderas motivaciones deshonestas e inconfesables que dieron lugar a la desaparición de la prevaricación administrativa imprudente, por ser la figura que, ante las frecuentes dificultades probatorias, permitía sancionar numerosos abusos de la clase política,



que hoy día suelen quedar vergonzosamente impunes y que constituyen una seria lacra para nuestro Estado social y democrático de Derecho. En definitiva, la despenalización de la prevaricación administrativa imprudente constituyó, como agudamente la ha calificado Álvarez García (2007: 19), un verdadero acto de “prevaricación legislativa”.

Finalmente, debe mencionarse que se aproximan a esta figura de la prevaricación administrativa los nombramientos ilegales de los arts. 405 y 406 CP y las conductas contenidas en los arts. 320, 322 y 329 CP, dentro de los “delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”.

3. La prevaricación judicial

El art. 446 CP, que contempla la modalidad dolosa del delito de prevaricación judicial, establece: “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas”.

El art. 447 CP, que recoge la modalidad imprudente de este delito, señala: “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

En cuanto al bien jurídico protegido no hay inconveniente en afirmar que guarda una estrecha relación con la potestad jurisdiccional, pudiendo decirse que a través de su regulación se pretende asegurar el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional o, si se prefiere, que la potestad jurisdiccional se ejerza con arreglo a Derecho. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la finalidad última es proteger uno de los aspectos esenciales del derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE), que no es otro que el derecho a obtener una resolución “fundada en Derecho” (Pedreira González, 2007: 52).

Con respecto al sujeto activo, los arts. 446 y 447 CP se refieren al “Juez o Magistrado”, encontrándonos nuevamente ante delitos especiales propios. La alusión a los Jueces y Magistrados constituye un elemento típico que presenta dificultades y que debe ser objeto de una valoración especialmente cuidadosa. Frente a la referencia al “Juez”, contenida en la regulación anterior, el Código Penal vigente ha preferido aludir al “Juez o Magistrado”, previsiblemente para resolver las dudas en la inclusión de estos últimos y la posible responsabilidad por prevaricación judicial en el ámbito de los órganos colegiados. Normalmente, se estima que a efectos de integrar estos términos, de forma acorde con el bien jurídico protegido en

estas figuras delictivas, resulta preferible la adopción de un criterio eminentemente material, aún a costa de asumir una interpretación extensiva -que no una aplicación analógica- de la expresión “Juez o Magistrado”, sobre la base de una significación técnico-jurídica de tales términos, que atienda al ejercicio efectivo de la potestad jurisdiccional. De acuerdo con ello, a nuestro juicio, pueden incluirse en este ámbito, no sólo los Jueces y Magistrados integrantes de la jurisdicción ordinaria, sino también otros posibles sujetos no integrados en la misma, como los miembros de la Jurisdicción Militar, los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Consejeros del Tribunal de Cuentas en el enjuiciamiento de la responsabilidad contable, los miembros de los Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales e, incluso, los miembros del Tribunal del Jurado y los Árbitros. No así los Fiscales y los Secretarios Judiciales, que entrarán en la esfera de autoría del art. 404 CP (Pedreira González, 2007: 53-87).

También a la hora de fijar el concepto de resolución a los efectos del delito de prevaricación judicial, mayoritariamente se adopta una perspectiva eminentemente material que, vinculada al bien jurídico, atiende no tanto a cuestiones estrictamente formales como al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Lo relevante a estos fines, por lo tanto, es la naturaleza jurisdiccional de la resolución, que es atribuible a las sentencias, autos y providencias y también, a nuestro juicio, puede predicarse del veredicto del Tribunal del Jurado y del laudo arbitral. En ocasiones los integrantes del Poder Judicial pueden formar parte de órganos de naturaleza administrativa y dictan resoluciones de este carácter, que no deben entrar en el ámbito de aplicación de la prevaricación judicial sino de la prevaricación administrativa.

En lo que se refiere al carácter injusto de la resolución, mayoritariamente se defiende la teoría objetiva, excluyendo del ámbito de aplicación del delito de prevaricación judicial aquellas resoluciones que son defendibles o justificables en Derecho. Desde nuestro punto de vista, para la prevaricación judicial esta postura puede considerarse acertada y acorde con la función de los Jueces y Magistrados, permitiendo mantener el ámbito de aplicación del delito dentro de unos límites razonables, y más teniendo en cuenta la existencia de un sistema de recursos y de instituciones como la abstención y la recusación, dirigidas a garantizar la imparcialidad de los Jueces y Magistrados.

La expresión “a sabiendas” contenida en el art. 446 CP mayoritariamente se identifica con el dolo, esto es, con la exigencia de conciencia y voluntad. No obstante, nuevamente se discute si el “a sabiendas” contiene únicamente los supuestos de dolo directo o si también incluye el dolo eventual. A nuestro juicio, como ya se ha señalado con referencia a la prevaricación administrativa, la expresión “a sabiendas” no resulta incompatible con ninguna de las modalidades de dolo, incluido el dolo eventual.

A diferencia de lo que sucede en la prevaricación administrativa, en el ámbito de la prevaricación judicial sí se contempla una modalidad imprudente. Así, el art. 447 CP se refiere a “la imprudencia grave o ignorancia inexcusable”. Por lo tanto, como señala Muñoz Conde (2007: 911), “la imprudencia debe ser grave, entendiéndose también como tal la ignorancia inexcusable, es decir, aquélla que con un mínimo de diligencia e interés por parte del Juez, hubiera podido ser vencida”.

Mientras que el art. 446 CP exige una “resolución injusta”, el art. 447 CP requiere una resolución “manifiestamente injusta”. Con arreglo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por “manifiestamente” debe entenderse con claridad y evidencia. Se trataría, por lo tanto, de errores clamorosos, que pueden ser apreciados a simple vista por un Juez de formación media.



Finalmente, como ya se ha señalado, conviene tener en cuenta que el legislador español ha incluido en el ámbito de la prevaricación judicial comportamientos que no consisten propiamente en una prevaricación, es decir, en el dictado de una resolución injusta. Tal es el caso de la negativa a juzgar (art. 448 CP) y del retardo malicioso en la administración de justicia (art. 449 CP).

Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2007), Prólogo a *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*, CEURA, Madrid.
- CÓRDOBA RODA, J. (2004), en CORDOBA RODA, J y GARCÍA ARAN, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid.
- GARCÍA ARÁN, M. (1990), *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (1997), *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª edición, Tirant lo blanch, Valencia.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. (1871), *El Código penal de 1870*, tomo IV, Salamanca.
- MARTÍNEZ ALTAMIRANO, E. y PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M. (2008), "Sobre las diferencias entre la arbitrariedad del art. 404 y la injusticia del art. 446 del Código penal español", en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Edisofer, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. (2007), *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1980), *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid.
- PACHECO, J. F. (2000), *El Código penal. Concordado y comentado*, Edisofer, Madrid.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M. (2007), *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*, CEURA, Madrid.
- RAMOS TAPIA, M.I. (2000), *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. (1991), *Derecho penal español. Parte especial*, 14ª edición, Dykinson, Madrid.