

INTRODUCCIÓN⁵

El mayor problema que hoy día plantea el Derecho penal se refiere a sus propios límites, una cuestión que, al menos en gran medida, dábamos por hecha y que considerábamos más o menos consolidada y superada, y que en los últimos años nos está desbordando. Estas dificultades relativas a los límites, sin embargo, no sólo se plantean con respecto al legislador, sino también con respecto al aplicador del Derecho, pues resulta obvio que de nada sirve el ordenamiento jurídico más respetuoso con los derechos y garantías de los ciudadanos si en el momento decisivo los Jueces y Magistrados lo aplican a su antojo y en la más absoluta impunidad, algo que, lamentablemente, sucede con no poca frecuencia en la práctica. Es un secreto a voces que en nuestro país las querellas por prevaricación judicial están condenadas, en la inmensa mayoría de los casos o, mejor, para la inmensa mayoría de los ciudadanos, a la inadmisión a trámite y no porque carezcan siempre de fundamento. Por ello, dado que los límites desde un punto de vista legislativo son objeto de una permanente atención por parte de la doctrina, nos ha parecido acertado insistir un poco más en los límites y la responsabilidad desde la perspectiva del aplicador del Derecho. En este sentido, no cabe duda de que una de las claves se encuentra en los artículos 446 y 447 del Código Penal, relativos a la prevaricación judicial en sentido estricto. El objeto del presente estudio se circunscribe a dichos preceptos y en el mismo nos proponemos, desde una perspectiva esencialmente jurídica, llevar a término un análisis teórico-práctico de los aspectos más problemáticos del delito de prevaricación judicial propiamente dicho.

La responsabilidad criminal de los Jueces y Magistrados es una constante histórica, pudiendo encontrarse, incluso, en las etapas más remotas del Derecho

⁵ El presente estudio se inserta en el Proyecto de Investigación BJU2003-06687 del Ministerio de Educación y Ciencia, y en este sentido no quisiera desaprovechar la oportunidad para manifestar mi más sincero agradecimiento a los Profs. Drs. Gimbernat Ordeig y Octavio de Toledo y Ubieta, por su generosidad y confianza. También deseo agradecer a mis restantes compañeros de la Universidad Complutense su buena acogida y a la Editorial universitaria Ramón Areces el excelente trabajo de edición que, una vez más, ha realizado.

Penal⁶. En el ámbito del Derecho Romano, expone OCTAVIO DE TOLEDO en su rigurosa monografía sobre la prevaricación administrativa y judicial, cuyo tratamiento histórico pormenorizado dispensa de la investigación de los precedentes de esta figura delictiva, cómo la caracterización romana del Estado se concentra en el concepto de *maiestas* (soberanía), referido a la suprema autoridad del Estado (primero el rey, después el pueblo y el senado) y en los conceptos, que son parte integrante del primero, de *potestas* y *dignitas*, mediante los cuales son cualificados los atributos de la soberanía; potestad y dignidad entendidos como poder de imperio, el uno, y como decoro, el otro, eran en la tradición estatal romana las connotaciones esenciales de la soberanía y todo acto que atentaba contra ellos era considerado como crimen de lesa majestad, tanto si menoscababa o paralizaba la potestad del imperio, cuanto si ofendía al decoro de la autoridad pública. Surge así la noción de *crimina lesae maiestatis*, cuya expresión de más alta gravedad la constituyen los delitos de *perduellio* (donde se integraba el incumplimiento de las obligaciones de los Magistrados) y *proditio*, diferenciados según que el ataque al Estado fuera interior o exterior. Tales delitos, en función de que el concepto de “majestad” no sólo es jurídico sino también político y religioso, implicaban la comisión de sacrilegio⁷.

Bajo la influencia del Derecho Visigodo en nuestra península, este tipo de comportamientos eran castigados esencialmente por la deslealtad que suponían hacia el Señor, al que los Jueces se encontraban sometidos⁸. Según avanzaba la Edad Media, cuando el Estado comienza a abrirse camino como una entidad independiente, el fundamento de la punición de estos delitos se encontraba en la deslealtad e infidelidad al Rey, al que todos se hallaban subordinados⁹. Iniciada la Edad Moderna, tampoco resulta posible, dado el contexto político imperante, hablar de una independencia de los Jueces respecto del Monarca, y verdaderamente dichos delitos no se individualizan frente a los cometidos por cualquier otro funcionario público, cifrándose el fundamento de los mismos en la deslealtad que implicaban hacia el Monarca¹⁰.

⁶ Cfr. VICENTE TEJERA, D. *La prevaricación judicial*, Habana, 1926, págs. 8 y ss, quien se remonta a antiquísimas legislaciones de la India (*Manava-Dharma-Sastra*) y China (*Ta-Tsing-Lue-Lee*) en las que podían encontrarse regulaciones encuadrables dentro del concepto de la prevaricación judicial; FERRER BARQUERO, R. “La vertiente omisiva de la prevaricación judicial”, en *Estudios penales y criminológicos*, XXIV, 2002-2003, Santiago de Compostela, 2004, págs. 329 y ss; GÜIDI CLAS, E. *La prevaricación judicial en España y en el Derecho Comparado*, Barcelona, 2006, págs. 15 y ss.

⁷ OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, págs. 151 y 152. Cfr., igualmente, MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*, trad. P. Dorado, Bogotá, 1976, págs. 352 y ss.

⁸ OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., págs. 153 y ss.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

Más recientemente, conviene destacar que todos y cada uno de nuestros Códigos penales regularon, con mayor o menor amplitud, el delito de prevaricación judicial, sin perjuicio de tratarse de una figura delictiva de escasa aplicación en la práctica, como lo evidencia la casi inexistente jurisprudencia condenatoria¹¹. Tradicionalmente, la prevaricación judicial se regulaba junto con la prevaricación de los funcionarios administrativos, bajo rúbricas comunes referidas a “los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, tratándola como una especie separada de las prevaricaciones administrativas, pero vinculada, en gran medida, a ellas. Sin embargo, la equiparación no fue tan absoluta como en ocasiones se ha pretendido, según se evidencia de la regulación de la prevaricación judicial en preceptos diferentes, dedicados específicamente a los Jueces y Magistrados, la mayor atención dedicada a los mismos y el sometimiento a penas notoriamente superiores. Ni en los momentos de mayor confusión del Poder Judicial con el Poder Ejecutivo puede hablarse de una equiparación total de ambos delitos, a pesar de hallarse bajo una rúbrica común.

Esta regulación del delito de prevaricación judicial junto con la prevaricación de los funcionarios administrativos y la utilización por parte del legislador de rúbricas comunes relativas a los delitos de los funcionarios en el ejercicio de su cargo, condujo a un importante sector de la doctrina a cifrar la esencia de la ilicitud de este delito en la infracción del deber del funcionario frente al Estado¹². Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 no resulta aconsejable servirnos de este camino más o menos “trillado” y dejarnos llevar por la inercia de tales concepciones, que conducen, en definitiva, a una interpretación excesivamente restrictiva de la función y responsabilidad de los máximos garantes del cumplimiento del Derecho. Se hace preciso, por lo tanto, insistir en los esfuerzos por una redefinición de este delito acorde con la vigente realidad constitucional, en la que el Poder Judicial adquiere la máxima trascendencia. Los Jueces y Magistrados, independientes, inamovibles, responsables y exclusivamente sometidos al imperio de la ley, desarrollan la que quizá sea la función más relevante en un Estado de Derecho, que no es otra que la tutela y realización del Derecho mismo, sirviendo así de garantía última de los derechos e intereses de los ciudadanos y resolviendo de forma concreta sus conflictos más graves con arreglo a la ley. Constituyen, por lo tanto, uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro Estado de Derecho e indu-

¹¹ Cfr. arts. 451 a 453 del Código Penal de 1822; arts. 269 a 275 del Código Penal de 1848 y de la reforma de 1850; arts. 361 a 372 del Código Penal de 1870; arts. 413 a 418 del Código Penal de 1928; arts. 356 a 362 del Código Penal de 1932; arts. 351 a 357 del Código Penal de 1944 y del Texto Refundido de 1973.

¹² Cfr., una exposición exhaustiva en OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., págs. 218 y ss.

dablemente ello debe conllevar una correlativa e ineludible responsabilidad, no sólo a nivel civil y disciplinario o interno, sino también a nivel penal.

Cuando un Juez o Magistrado se aparta de la ley, que en nuestro modelo de justicia es la única legitimación democrática de su función, ataca directamente las bases sobre las que se asienta nuestro sistema constitucional, fruto de un esfuerzo ímprobo y de un consenso histórico. Si los ciudadanos españoles, a través de la Constitución, hemos depositado en los Jueces y Magistrados la función de vigilancia y garantía de nuestro Estado de Derecho, resulta a todas luces inadmisibles que la exigencia de responsabilidad hacia los mismos pretenda mantenerse en unos parámetros preconstitucionales y en una injustificada praxis jurisprudencial tendente a la no exigencia de responsabilidad criminal. Todo ello con el correlativo sentimiento de impunidad, que con frecuencia sufren, no sólo los restantes profesionales del Derecho, que saben perfectamente que su defensa ante esta situación derivará con toda probabilidad en una inadmisión a trámite, sino también, y sobre todo, los ciudadanos, que en el mejor de los casos perciben que hay que ser “alguien muy importante y poderoso” para ser amparado frente a esta clase de atropellos.

En efecto, en nuestra jurisprudencia los supuestos de condena por delito de prevaricación de Jueces y Magistrados, frente a otros profesionales, son tan escasos que verdaderamente resulta difícil encontrar sentencias en las que se haya declarado su responsabilidad por haberse apartado de su función¹³. Ello no responde, como parece evidente, ni a que se deba exigir menor responsabilidad a los mismos frente a otros profesionales que desempeñan funciones de menor trascendencia y que no tienen atribuido ese poder demoleedor, ni tampoco a que estos operadores jurídicos siempre hayan manifestado, sin excepción, un comportamiento intachable y respetuoso en el desempeño de su tarea, sino fundamentalmente a una “praxis” injustifi-

¹³ En esta cuestión no podemos estar de acuerdo con GÜIDI CLAS, quien distingue dos etapas en el tratamiento jurisprudencial de la prevaricación judicial, como si a partir de 1989 la situación hubiera experimentado un giro radical: “Durante muchos años, según la jurisprudencia analizada, sólo cometían el delito de prevaricación judicial, los Jueces Municipales o los Jueces de Paz, con la sola excepción de un caso, en el que se condenó a un Juez de instrucción por prevaricación –STS 10 de junio de 1887–, pues ni siquiera en el resonante Caso Bardelino, casi un siglo más tarde, fueron condenados por prevaricación los magistrados procesados. A partir de 1989 proliferan los procesos por prevaricación, a una velocidad vertiginosa, tanto en los Tribunales Superiores de Justicia, como en el Tribunal Supremo –causas especiales– también es cierto que fueron mucho más numerosos los procesos por prevaricación administrativa que por prevaricación judicial –STS 14 julio 1996– el delito está alcanzando una cota tan sorprendente, que me atrevo a subrayar que más bien parece un delito que está de moda” (*La prevaricación judicial en España y en el Derecho Comparado, ob. cit., pág. 9*). Desde nuestro punto de vista, dicha conclusión tan sólo puede compartirse, y con muchas reservas, desde el punto de vista de la resonancia pública de algunos casos de prevaricación judicial, pues en lo que atañe al volumen de admisiones a trámite, al número de sentencias en relación con otros delitos, y no digamos ya al número de condenas, sucede precisa-

cada tendente a no exigir responsabilidad penal a los Jueces y Magistrados en el ejercicio de su función. De forma paradójica, este panorama se complementa con la pretensión por parte de sus órganos disciplinarios de que, en determinadas materias de particular interés político y de gran repercusión social y mediática, los Jueces y Magistrados se conviertan en auténticos adivinos, capaces de saber lo que sucederá en el futuro si deciden adoptar una determinada decisión, aunque sea a la luz de los requisitos legales.

Resulta necesario, por lo tanto, insistir en los principios constitucionales e intentar solventar, a la luz de los mismos, los problemas hermenéuticos y aplicativos que suscita la prevaricación judicial, tratando de ofrecer una interpretación razonable, aplicable y realista de los correspondientes tipos delictivos, que huya tanto de las deficiencias propias de nuestra etapa preconstitucional, como de los frecuentes excesos utópicos característicos de las visiones puramente dogmáticas, que casi siempre conciben el estudio de este delito como una especie de competición en la que vence quien consiga acorralar en mayor medida a los Jueces y Magistrados en el ejercicio de su función, sin tener en cuenta las repercusiones sobre la independencia judicial, también digna de protección. Visiones, en definitiva, tendentes a tomar al Juez como el enemigo a abatir que si se llevasen a la práctica conducirían con toda probabilidad a una situación de inseguridad tal, que los Jueces y Magistrados sólo estarían pensando en la forma de no “pillarse los dedos”, al margen de ninguna otra consideración, desvirtuándose así la función judicial. Sin perjuicio de ello, lo que en ningún caso debe olvidarse es que los preceptos relativos a la prevaricación judicial constituyen una de las garantías fundamentales de nuestro Estado de Derecho y que su correcta y efectiva aplicación es, sin duda, uno de los bancos de prueba esenciales para medir la seriedad y fortaleza del mismo.

En cuanto al desarrollo del presente estudio, como es habitual en este tipo de análisis de la Parte Especial del Derecho Penal, se comenzará llevando a cabo una delimitación conceptual de la prevaricación judicial. A continuación se aludirá a la configuración constitucional del Poder Judicial y de la función de los Jueces y Magistrados, pues el análisis de los principios constitucionales debe constituir un referente fundamental a lo largo de este estudio, para pasar inmediatamente a tener en cuenta la cuestión del bien jurídico protegido, que todavía hoy plantea problemas de determinación. El Código Penal vigente, abandonando una inveterada tradición histórica, regula el delito de prevaricación judicial en un título específico relativo a los delitos contra la Administración de Justicia, desvinculándolo de la prevaricación administrativa; pero ello, ni mucho menos, ha terminado de clarificar la cuestión del

mente lo contrario, pues la cruda realidad es que la prevaricación judicial, en nuestro país, no se termina de tomar en serio.

bien jurídico protegido, como tendremos ocasión de observar. Posteriormente, se abordará el estudio del sujeto activo, que también plantea dificultades, pues el Código se limita a aludir al “Juez o Magistrado”, sin aclarar la situación de otros posibles sujetos que ejercen una potestad jurisdiccional equivalente, como los Consejeros del Tribunal de Cuentas, los miembros del Tribunal del Jurado o, incluso, los Árbitros.

Por otra parte, el Código Penal vigente, a la hora de configurar este delito, se refiere al dictado de sentencia o resolución injusta, sin ulteriores especificaciones. Ello posibilita superar algunos de los problemas que planteaba la regulación tradicional de esta figura delictiva, como la posibilidad de cometer el delito de prevaricación judicial por medio de providencias. Sin embargo, esta falta de concreción también conlleva algunos inconvenientes, si se tiene en cuenta que los Jueces y Magistrados, aparte de las resoluciones de naturaleza jurisdiccional, pueden ser miembros integrantes de órganos de naturaleza administrativa y dictar resoluciones de este carácter. Dichas cuestiones también deberán ser tratadas en el presente estudio, adoptando una posición al respecto.

Asimismo plantea algunos problemas, que igualmente serán tenidos en cuenta, la consideración o no de la prevaricación judicial como delito de resultado, fundamentalmente a los efectos de admitir la posibilidad de la comisión por omisión. Pero, sin duda, es el elemento de la injusticia el que constituye la cuestión más trascendente y, al tiempo, más compleja del delito de prevaricación judicial. Las diferentes teorías que se han ensayado en esta materia pueden agruparse, fundamentalmente, en subjetivas, objetivas y mixtas, en función de la trascendencia que otorgan a la íntima convicción del Juez. En nuestro país este debate ha adquirido, si cabe, una mayor trascendencia, debido a que fue uno de los aspectos esenciales de la Sentencia recaída en el *caso Gómez de Liaño*. Por dichas razones, esta cuestión debe ser objeto de un análisis jurídico particularmente riguroso y sereno, que permita sustraerse de las influencias y motivaciones extrajurídicas que han rodeado este asunto.

También debe dedicarse atención a la problemática del dolo, fundamentalmente en lo que se refiere a la inclusión o no del dolo eventual, y a la imprudencia, analizando el concepto que se encierra tras las alusiones legales a la imprudencia grave y a la ignorancia inexcusable. Del mismo modo, deberán ponderarse las cuestiones de autoría y participación, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de que se cometa este delito en el ámbito de los órganos colegiados y su forma de funcionamiento en la práctica. Finalmente, a lo largo de este estudio, también se tomarán en consideración las soluciones ofrecidas por el Derecho comparado, que con frecuencia suponen un apoyo decisivo para el investigador, y por la doctrina penal de nuestros Tribunales.