

# LA ILICITUD DEL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

A propósito de la STS de 15 octubre 1999 y del ATS de 23 julio 2002

Manuel Jaén Vallejo

*Profesor Titular de Derecho Penal y Letrado del Tribunal Supremo*

---

JAÉN VALLEJO, Manuel. La ilicitud del delito de prevaricación judicial. A propósito de la STS de 15 octubre 1999 y del ATS de 23 julio 2002. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2002, núm. 04-j13, p. j12:1-j12:12. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j13.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 04-j12 (2002), 12 oct]

**RESUMEN:** En este comentario sobre la STS de 15 octubre 1999 (caso "Gómez de Liaño") y el ATS de 23 julio 2002 (caso "El Negro") se examina, a propósito de estas dos resoluciones, el requisito de la ilicitud del delito de prevaricación judicial. El autor expresa su opinión coincidente con la doctrina jurisprudencial contenida en estas resoluciones y

explica por qué considera acertado el argumento el acierto del TS al poner de manifiesto que la "injusticia de la resolución" se debía enjuiciar con distintos criterios en uno y otro caso, dado que se trataba de la aplicación de normas de distinta estructura.

**PALABRAS CLAVES:** Resolución injusta, prevaricación judicial, normas de estructura condicional, normas de pronóstico.

Fecha de recepción: 4 octubre 2002

Fecha de publicación: 7 octubre 2002

---

1. El *Auto de 23 de julio de 2002 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* español, que ha confirmado la desestimación de la petición de procesamiento por un delito de prevaricación de los Magistrados de la Sección 4ª de la Audiencia Nacional, que habían concedido la libertad bajo fianza a un presunto narcotraficante («El Negro») y que éste aprovechó para fugarse, ha puesto una vez más de actualidad el delito de prevaricación judicial, y, más en particular, el problema de la determinación de la «resolución injusta» que el tipo penal de este delito exige.

Y como era de esperar, un cierto sector de la prensa, a través de uno de sus voceros<sup>1</sup>, ha querido comparar, como si de casos idénticos se tratara, el caso resuelto en el

<sup>1</sup> Cfr. F. Jiménez Losantos, "¡Gracias, señorías!, *El Mundo*, 31-7-2002.

mencionado Auto, que no aprecia prevaricación, y el caso «Gómez de Liaño», que culminó en una Sentencia condenatoria por ese delito. La única finalidad de tal comparación, como puede comprenderse, no es la de informar a la opinión pública sobre el contenido de la resolución judicial y la manifiesta diferencia entre uno y otro caso, sino, lisa y llanamente, intentar desprestigiar a la más alta instancia judicial, tergiversando los hechos sobre los que se informa y sugiriendo que la decisión ahora adoptada se debe al hecho de que los Magistrados ahora afectados pertenecen a «Jueces para la Democracia». La infamia, en verdad, no puede ser mayor, aunque a muchos no nos sorprenda, por venir de donde viene.

Pues bien, a diferencia de lo que se ha intentado proyectar a la opinión pública en el mencionado artículo periodístico, tanto la Sentencia de 15-10-1999 (caso «Gómez de Liaño»), como el reciente Auto de 23-7-2002, son expresión de la buena labor que lleva a cabo la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar las leyes penales, y en particular, aquellas dos resoluciones son una buena expresión de la racionalización en la comprensión del delito de prevaricación judicial. Paralelamente, otras resoluciones, como la importante Sentencia de 2-11-1999<sup>2</sup>, han contribuido considerablemente a una mejor comprensión del delito de prevaricación administrativa.

2. En efecto, la Sentencia del caso «Gómez de Liaño» arrojó mucha luz en la difícil cuestión sobre la caracterización de la «resolución injusta» que permite afirmar la ilicitud del delito de prevaricación judicial.

Como en muchas otras cuestiones del derecho penal, hay dos posibles criterios para entender el adjetivo «injusto» que caracteriza la acción en que consiste el tipo penal de la prevaricación judicial (arts. 446 y 447 CP): el objetivo y el subjetivo.

Según el *criterio objetivo*, el Juez prevarica cuando dicta un fallo objetivamente contrario al ordenamiento jurídico. El problema que plantea este criterio es que presupone que la norma que se aplica tiene que ser una norma clara y terminante, que no requiere para su aplicación sino el mero conocimiento de las palabras del texto legal. Pero este modelo de aplicación de la ley hace tiempo que ha sido superado, porque, como dice Bacigalupo, “el desarrollo de los conocimientos sobre el lenguaje ha puesto de manifiesto que todas las palabras, en mayor o menor medida, son ambiguas, y ello explica que el mismo texto permita, por regla, más de un entendimiento”<sup>3</sup>. Otro destacado autor, Karl Larenz, en su importante obra sobre metodología, se ha referido también a esa inevitable ambigüedad de muchas normas, señalando que “la exacta

<sup>2</sup> Esta STS sistematiza los requisitos necesarios para la apreciación de la prevaricación administrativa (art. 404 CP): a) sujeto activo (autoridad o funcionario público); b) que éste haya dictado una resolución en asunto administrativo, no adecuada a derecho; c) que la injusticia de la resolución sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa», expresión de un ejercicio arbitrario del poder, señalando la STS que “se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular”; y d) que la autoridad o funcionario haya actuado «a sabiendas» de la injusticia de la resolución que dicta. V., más recientemente, sobre la noción de resolución arbitraria en el ámbito de la prevaricación administrativa, la STS de 23-9-2002.

<sup>3</sup> “Empirismo y teorías jurídicas”, *Revista Jurídica de Estudiantes*, Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1/1999, p. 40.

significación de un texto legal será siempre problemática, dado que el lenguaje ordinario, del que se vale la ley, no utiliza conceptos precisamente definidos – a diferencia de lo que ocurre en la lógica matemática o en el lenguaje científico –, sino expresiones más o menos flexibles, cuya posible significación oscila dentro de una amplia banda y puede ser diferente según las circunstancias, su vinculación con el objeto y el contexto del discurso”<sup>4</sup>.

La necesidad, pues, de las teorías jurídicas, que son las que nos permiten conocer el alcance de la ley y, por tanto, su aplicación, hoy está fuera de toda duda, como también lo está el hecho de que las cadenas argumentales que culminan en esa aplicación de la ley a un hecho determinado no comienzan en la ley positiva, como lo entendía von Liszt, en Alemania, o Rocco en Italia, sino en una serie de axiomas en los que la ley positiva encuentra su fundamento<sup>5</sup>.

Por tanto, hoy se puede decir que es falso el viejo aforismo *in claris non fit interpretatio*. Dicho con otras palabras: no basta con conocer el significado idiomático de las normas para que éstas puedan ser aplicadas. Es necesario interpretarlas, y son las distintas teorías las que nos ofrecen esa interpretación, permitiendo así la deseable comprensión y racionalización en la aplicación de la ley penal<sup>6</sup>. Con razón ha dicho Gimbernat que la dogmática hace posible, “al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación”, y que “cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”<sup>7</sup>.

Pues bien, si el criterio objetivo se aplicara estrictamente en la determinación del adjetivo «injusto», la consecuencia sería clara: como las leyes son ambiguas, difícilmente se puede prevaricar, pues no sería posible conocer con exactitud la solución jurídicamente correcta, es decir, ¡casi nunca podría apreciarse prevaricación!, con lo que la norma perdería prácticamente su vigencia efectiva. Como puede comprenderse, esta consecuencia es inadmisibles, porque deja sin contenido la norma penal.

Por ello, este criterio objetivo se debe complementar con un elemento “que exprese el carácter contrario al deber de la acción de falsa aplicación del derecho”<sup>8</sup>; de esta manera, se afirma que es injusta la resolución cuando la aplicación de la ley no es sostenible en ningún método jurídico de interpretación, que es lo que dice el ATS de 23-7-2002, cuando afirma que el tipo objetivo del delito de prevaricación se da “cuando el juez toma decisiones que no pueden ser derivadas de la ley por ninguno de los métodos de interpretación de la misma admitidos en la práctica judicial”.

<sup>4</sup> *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1983, p. 188.

<sup>5</sup> Cfr., ampliamente, sobre el método y los puntos de partida de la dogmática penal, Bacigalupo, E., *Delito y punibilidad*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999.

<sup>6</sup> Cfr. Bacigalupo, E., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, *Estudios de derecho judicial*, CGPJ, 34/2001, p. 133: “(...) el Derecho escrito se expresa en un lenguaje natural y éste es, por sí mismo, ambiguo y, por consiguiente, necesita ser interpretado. El verdadero significado normativo de un texto legal depende de la manera en la que se lo interpreta y aplica dentro de la «textura abierta del Derecho»”.

<sup>7</sup> Gimbernat Ordeig, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 158.

<sup>8</sup> Bacigalupo, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, 1994, p. 452.

Y según el *criterio subjetivo*, el Juez prevarica si dicta un fallo en contra de su propia convicción. Luego, si el Juez – desde este punto de vista – está convencido de lo que hace, no prevarica. Evidentemente, este criterio difícilmente se puede admitir, porque hoy no es posible sostener una convicción libre y absoluta, o, como a veces se ha dicho en el ámbito de la prueba, una “facultad libérrima y omnímoda”, sin limitaciones. Hoy en día, se puede sostener aquella convicción libre, pero siempre que sea jurídicamente aceptable, luego nunca arbitraria.

Precisamente, esta última exigencia es la que conduce al criterio objetivo más satisfactorio de la contrariedad del deber, partiendo de la base de que la prevaricación judicial, como delito de funcionarios que es, es un delito de infracción de deber, en el que se lesiona la confianza de los ciudadanos en el ejercicio de la función judicial según los principios del Estado de Derecho.

Este último criterio es el que se sigue, prácticamente en forma unánime en la doctrina<sup>9</sup>. Y, como era de esperar – por ser el más satisfactorio –, es el que siguió el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15-10-1999 (caso «Gómez de Liaño») (Causa especial núm. 2940/1997)<sup>10</sup>.

**3.** La *Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999* constituye un muy buen exponente de racionalización en la aplicación de la ley penal y, en particular, de comprensión del delito de prevaricación judicial.

En esta Sentencia, siguiendo la opinión mayoritaria tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, se afirma, frente al criterio subjetivo sostenido por el Ministerio Fiscal y por uno de los Magistrados de la Sala expresado en un voto particular disidente – en el que, de todos modos, afirma la existencia de un delito de desobediencia – que aunque ciertamente el derecho no es una ciencia exacta, de tal afirmación no se puede deducir

“que cualquier acto de un Juez es adecuado a Derecho, pues ello implicaría reconocer que la única ley del Estado es la voluntad o la convicción de los Jueces, en clara contradicción con el art. 117.1 CE”.

La *injusticia de la resolución*, añade la STS, con cita de un importante precedente, el de la Sentencia 1/1996, de 4 de julio<sup>11</sup>,

“se da cuando quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate”, excluyéndose de la prevaricación “el caso de las aplicaciones del derecho basadas en algún modo razonable de interpretar los hechos

<sup>9</sup> Cfr., Octavio de Toledo, E., *La prevaricación del funcionario público*, aunque referida a la prevaricación de funcionarios, Madrid, 1980, p. 354; García Arán, M., *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, p. 232; López Barja de Quiroga, J., *Manual de derecho penal* PE III, Madrid, 1992, pp. 198 y ss.; González Rus, J.J., *Curso de Derecho penal español*, PE II, dirección M. Cobo del Rosal, Madrid, 1997, pp. 457 y ss.; Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho Penal*, PE, 1998, quien afirma que “la injusticia de la sentencia o resolución ha de determinarse en base a criterios objetivos”. En Alemania, cfr. Cramer, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar zum StGB*, 1977, § 336, 5ª, con amplias referencias bibliográficas.

<sup>10</sup> Un amplio y brillante comentario sobre esta Sentencia del Tribunal Supremo: Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., “Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación”, *Actualidad Aranzadi*, nº 415, de 25-11-1999.

<sup>11</sup> Causa especial nº 2830/94 (caso «Pascual Estevill»).

y la norma jurídica (...). El Juez, por lo tanto, sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita”.

“Puede recurrir según su parecer al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión debe provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece. Lo que el Juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley. Tal tarea sólo corresponde al Parlamento. Por lo tanto, no es cierto que no se pueda saber cuál es la solución jurídicamente correcta en cada caso, pues toda resolución motivada de la manera que acabamos de explicar será jurídicamente correcta, en tanto exprese la voluntad de legislador – o de la ley, en su caso – y no la del Juez. Naturalmente se podrá discutir si en un caso concreto es más adecuada una interpretación teleológica que otra gramatical; lo que no es discutible es que las decisiones basadas en la propia convicción empecinada del Juez, sin fundamento racional en la ley, son incompatibles con el Estado Democrático de Derecho (art. 1 CE)”.

La doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo no es una doctrina, como malévolamente se ha afirmado, “acuñada por Bacigalupo”<sup>12</sup>, sino que es una doctrina seguida mayoritariamente en la teoría<sup>13</sup>, y seguida incluso en la propia Sala Segunda<sup>14</sup>. Así, la *STS de 11-12-2001*, con cita de sus precedentes, afirma claramente que la determinación de la resolución injusta

“no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles”.

La misma declaración la encontramos en la *Sentencia de 26-2-2002*, en la que se añade que

“la conciencia del Juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto”, siendo “tal planteamiento incompatible con los postulados del Estado de Derecho”.

4. Se ha dicho, en un claro afán por deslegitimar la STS de 15-10-1999, que el delito de prevaricación es un «delito subjetivo», “un delito de imposible demostración como no sea por la confesión de los imputados”<sup>15</sup>, y que, por consiguiente, su aplicación siempre será arbitraria. La razón estaría en la exigencia de que la resolución haya

<sup>12</sup> Jorge Trías Sagnier, “Prevaricación”, *Diario ABC*, 14-1-2002.

<sup>13</sup> Cfr., *supra*, nota 9.

<sup>14</sup> Por ej., SSTS de 14-2-1891, 21-1-1901, 4-7-1996. Con posterioridad a la STS de 15-10-1999, SSTS de 11-12-2001 y 26-2-2002.

<sup>15</sup> Así, J. Trías Sagnier, cit. (nota 12).

sido dictada «a sabiendas». Se dice: ¿cómo vamos a saber si el Juez sabía o no sabía?; para ello sería necesario algo imposible, esto es, meterse en la cabeza del autor (!), o que éste confiase (!).

Naturalmente, el anterior punto de vista ignora los parámetros de la prueba cuando ésta recae sobre elementos internos, como es el caso del dolo<sup>16</sup>. El dolo requiere, al menos, un conocimiento por parte del acusado de lo que hizo, es decir, recae sobre un objeto que, en palabras de Hassemer, se esconde detrás de un muro, detrás de la frente de una persona<sup>17</sup>, luego, para su averiguación es necesaria una inferencia a partir de circunstancias externas, como en la prueba indiciaria.

Así, el Tribunal Supremo, en su importante Sentencia de 23-4-1992 (caso del «aceite de colza»), afirmó al respecto que

“cuando no existe prueba directa de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, ha de acudirse a la denominada prueba de indicios o presunciones, para a través de unos datos o circunstancias exteriores completamente acreditados inferir la realidad de este estado de espíritu del autor del hecho, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate”.

Pues bien, también en relación a este aspecto del tipo penal fue acertada la postura de la STS de 15-10-1999, identificando el elemento «a sabiendas», que aparece en el art. 446 CP, con el dolo, presupuesto necesario para poder afirmar la existencia del delito, por cuanto que, por razones derivadas del principio de culpabilidad, no hay delito sin dolo o culpa, o, como dice el art. 5 CP, “no hay pena sin dolo o imprudencia”. Es decir, lo mismo que no basta para sancionar penalmente que el autor mate a otro, sino que se exige – entre otros requisitos – que el autor haya tenido conocimiento de su acción de matar (dolo), o, en su caso, que haya producido la muerte por imprudencia, en el delito (doloso) de prevaricación no basta con dictar una resolución injusta, sino que es necesario que el autor (Juez) haya tenido conocimiento de que estaba dictando una resolución injusta.

Pero: ¿cómo podemos saber si el autor sabía lo que hacía?. La cuestión no es tan complicada como inicialmente podría parecer, y, desde luego, ni este delito ni ninguno otro son de «imposible demostración»; otra cosa es que la prueba ofrezca mayores o menores dificultades a la hora de poder acreditar los hechos delictivos que se imputan a una persona.

Pues bien, como se dijo, ese necesario conocimiento se puede inferir perfectamente de circunstancias externas, como en la prueba indiciaria. Circunstancias que en el caso de la STS de 15-10-1999, el propio acusado facilitó a través de sus tres Autos, adoptando, no una, ni dos, sino tres decisiones (!), palmariamente contrarias a lo decidido por el órgano decisor jurisdiccional superior, según las reglas que rigen respecto a la

<sup>16</sup> Cfr. sobre esta interesante materia: Pérez del Valle, C., *Teoría de la prueba y derecho penal*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, nº 3, Madrid, 1999; y Ragués y Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999. Con relación concretamente al delito de prevaricación, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, cit. (nota 10).

<sup>17</sup> *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 169.

distribución de funciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como con gran finura dogmática dice Sánchez-Vera, al autor del delito de prevaricación, que tiene un rol de juez, se le han de atribuir unos determinados conocimientos, concretamente, “se ha de atribuir a un juez, por el hecho de serlo, el conocimiento de que no puede contradecir las resoluciones que en vía de recurso ha dictado la Sala superior jerárquicamente”<sup>18</sup>.

Por tanto, no cabe negar que el autor (Juez), en el caso resuelto por la STS de 15-10-1999, conoció perfectamente la contradicción de sus tres Autos con lo decidido por el órgano superior, luego que conoció el carácter injusto de sus resoluciones.

5. El primero de los Autos, de fecha 15-5-1997, en el que el Juez reimplantó el secreto parcial de las actuaciones, a pesar de que la Sala de la Audiencia – órgano superior – lo había declarado innecesario, inidóneo y desproporcionado, es considerado injusto por la STS,

“dado que con fundamentos inexistentes y datos tergiversados ha reimplantado el secreto, en evidente contradicción con el Auto de la Audiencia, respecto de hechos que sabía estaban ya acreditados, de documentos que ya se encontraban en la causa y respecto de diligencias pendientes que no apuntaban a la prueba de hechos que hubieran sido desconocidos por la Audiencia al levantar el secreto (inclusive parcial) de las actuaciones”<sup>19</sup>.

El segundo de los Autos, de fecha 28-2-1997, había prohibido la salida de España de algunos inculcados, no motivada en ningún razonamiento jurídico. La STS entendió que tal medida

“no tiene fundamento en la ley, que afecta a un derecho fundamental de manera grave, que ningún método ni modo interpretativo permitiría deducir o inducir del art. 486 LECrim. (...). El Juez sabía que la ley no contemplaba la medida que adoptaba para personas a las que sólo se impute un delito, que la medida era restrictiva de un derecho fundamental y que tenía graves consecuencias para los interesados. Consecuencias que no sólo limitaban la libertad de movimiento de los afectados, sino inclusive su propia reputación, dada la difusión periódica que la medida tendría. Téngase presente, que el Juez prestó especial atención a la resonancia pública del procedimiento, hasta el punto que ordenó la formación de una pieza separada de prensa, sin que esta decisión sea procesalmente explicable”.

“Tampoco en este caso ofrece ninguna duda que se trata de una ilegalidad que cualquiera podría percibir: cualquiera que sepa castellano y lea el art. 486 LECrim., sabe que si el Juez sólo podía citar al imputado para oírlo, no podía omitir citarlo y privarlo del derecho del art. 19 CE, cuando – se

<sup>18</sup> Sánchez-Vera, cit., p. 4 (nota 10).

<sup>19</sup> El propio Magistrado que firma el voto particular disidente consideró que este hecho hubiera podido subsumirse en el art. 410 CP (delito de desobediencia), aunque por este delito – por el que nadie le había acusado – no hubiera podido ser condenado el imputado (Juez) por impedirlo el principio acusatorio.



insiste – no tenía en la causa ningún elemento que corroborara los hechos denunciados. La contradicción con la norma es tan clara que resulta, por ello, manifiesta, llamativa e inclusive grosera”.

Y en cuanto al tercer Auto, de 26-6-1997, dictado en la pieza separada de situación personal, el Juez le había impuesto a uno de los inculpados una fianza de doscientos millones de pesetas, a pesar de que el mismo Juez había reconocido que no había peligro de fuga ni de interferencia en la investigación, luego claramente arbitraria, pues nada había que afianzar. Por ello, la STS afirma también aquí la injusticia de la resolución

“toda vez que el apartamiento de las normas constitucionales, legales, e inclusive de la instrucción 1/88 de la Fiscalía General del Estado es manifiesta. Cualquiera puede comprobar que si estas normas condicionan las medidas al peligro de fuga y el propio Juez afirma que tal peligro no existe, la limitación de derechos fundamentales carece palmariamente de todo apoyo en la ley y es merecedora de los adjetivos de «manifiestamente ilegal», de «flagrante», etc. Nadie podrá negar seriamente que una fianza de 200.000.000 de pesetas impuesta para afianzar un peligro inexistente es totalmente desproporcionada”.

**6.** A la vista de las resoluciones adoptadas por el Juez, ninguna duda podía quedar al Tribunal Supremo acerca del dolo de aquél, es decir, de su conocimiento de lo que hacía: adoptar resoluciones desviándose de su sometimiento a la ley y aplicándola de forma no sostenible por ningún método o modo de interpretar el Derecho o sus principios, luego en forma palmariamente arbitraria.

Y, evidentemente, este conocimiento o dolo, como decía Muñoz Conde en un comentario de prensa a propósito de esta STS, sumándose a otros muchos comentarios favorables a la misma<sup>20</sup>, “no queda desvirtuado por las convicciones particulares, morales o inmorales, altruistas o miserables, patrióticas o partidistas, del juez que dicta la resolución objetivamente injusta, sino, si acaso, por la ignorancia crasa o el error jurídico burdo que no parece pueda darse en tan alto magistrado”<sup>21</sup>, y, desde luego, el «empecinamiento» al que se refería el voto particular, en nada afectaría ni al tipo objetivo ni al subjetivo, siendo más bien una causa de mayor reprochabilidad del acusado por el hecho cometido, y, por tanto, de agravación de la pena.

**7.** Y termino refiriéndome a la resolución judicial con la que iniciaba este breve trabajo: el *Auto del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2002*.

En esta ocasión, la resolución que habían dictado los Jueces, Magistrados de la Au-

<sup>20</sup> Cfr., entre otros, L. Rodríguez Ramos, en *El Mundo*, 17-10-1999; J. Pérez Royo, *El País*, 21-10-1999; J.M. Zugaldía Espinar, *El País*, 27-10-1999, que califica como «dogmáticamente intachable» la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de prevaricación establecida en la Sentencia del caso «Gómez de Liaño»; M. García Arán, *El País*, 29-10-1999; F. Muñoz Conde, *El País*, 4-11-1999; M. Jaén Vallejo, *Canarias 7*, 19-11-1999; etc. Otra opinión, E. Gimbernat, *El Mundo*, de 17-10-1999 y 1-11-1999.

<sup>21</sup> Diario *El País*, de 4-11-1999.



diencia Nacional, era diferente a las dictadas por el Juez, también Magistrado de la Audiencia Nacional, en el caso anterior, aspecto que o bien no ha sido percibido, o bien se ha querido ocultar, en un sector de la prensa que ha pretendido proyectar sobre la opinión pública la falsa idea de que el Tribunal Supremo ha resuelto casos iguales en forma diferente<sup>22</sup>. Pues bien, al contrario, se trata de casos desiguales que se han resuelto, como era obligado, en forma diferente.

La norma que tuvieron que aplicar los Magistrados de la Audiencia Nacional que concedieron la libertad bajo fianza al presunto narcotraficante «El Negro» era una de las normas reguladoras de la prisión provisional, concretamente la contenida en el art. 504, párr. 2º, LECrim., cuya aplicación, dice el ATS,

“no depende de la comprobación de un hecho, sino de la formulación de un pronóstico – a partir de los hechos – sobre el comportamiento futuro de una persona”.

Se trataba, pues, de una norma de pronóstico<sup>23</sup>, para cuya aplicación el Tribunal dispone de un margen de apreciación, en el que aquél debe ponderar, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>24</sup>, las circunstancias concurrentes a los efectos de adoptar o no la medida de prisión provisional, resolviendo así el conflicto de los intereses en juego: la libertad de la persona, por un lado, cuya inocencia se presume hasta el momento de dictarse una sentencia firme, es decir, incluso con sentencia condenatoria no firme<sup>25</sup>, y la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro.

El Tribunal Constitucional viene insistiendo reiteradamente en que la legitimidad constitucional de la prisión provisional debe tener siempre como objetivo la consecución de los fines constitucionalmente legítimos de la misma<sup>26</sup>, básicamente asegurar la presencia del imputado en el juicio y evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo. Es claro, pues, que si el pronóstico que hace el órgano jurisdiccional es el de una posible fuga, habrá de adoptar la medida cautelar limitativa del derecho a la libertad, y,

<sup>22</sup> Así, el artículo mencionado en nota 1.

<sup>23</sup> Cfr. el interesante y muy atinado artículo, titulado “Jueces y/o Profetas”, de M. Cobo del Rosal, en *La Razón*, de 15-1-2002 (también en *Fragmentos Penales I – Ensayos –*, tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 213-217), en donde se afirma que “cuando la ley obliga a los jueces a hacer cosas diferentes a «juzgar y ejecutar lo juzgado» y les impone imperativamente que realicen pronósticos y profecías ... ello conlleva que en régimen de pronóstico se acierte o no, y esto debe ser natural”, añadiendo que “es peor que no se acierte ordenando la prisión incondicional de alguien que es después declarado inocente, que se acuerde la libertad provisional y después se fugue eludiendo un imputado la justicia y que antes incluso de que se celebre el juicio y se dicte sentencia ya estemos voceando que es culpable (...)”.

<sup>24</sup> Cfr., por todas, STC 47/2000, en donde el TC afirma que la medida de prisión provisional debe en todo momento responder a los fines constitucionalmente legítimos de la misma, razón por la que concluye afirmando la vulneración del art. 17 CE por los arts. 503 y 504 LECrim., planteando en consecuencia la cuestión de inconstitucionalidad relativa a dichos preceptos, porque en éstos ni se exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determinar cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla, ni exigen tampoco que éstos se expresen en la resolución que la acuerde.

<sup>25</sup> Por ello, el propio TC tiene declarado que “no es constitucionalmente razonable la interpretación según la cual el dictado de una sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta” (STC 144/2002).

<sup>26</sup> Cfr. J.A. Lascuraín Sánchez, “Fines legítimos de la prisión provisional”, *Repertorio Aranzadi del TC*, nº 111/1998.

de lo contrario, habrá de adoptar otras medidas menos gravosas. Es más, reiteradamente el Tribunal Constitucional ha afirmado que el disfrute de la libertad es la regla general, mientras que su restricción o privación debe ser una excepción, así como que la situación ordinaria del imputado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a la medida cautelar de prisión provisional, debiendo regir al respecto el principio del *favor libertatis* o *in dubio pro libertate* (STC 305/2000).

Por tanto, lleva razón el Tribunal Supremo cuando afirma en su Auto de 23-7-2002 que la injusticia de la aplicación de este tipo de normas (de pronóstico), como la del art. 504, párr. 2º LECrim. – una de las que regulan la prisión provisional – no se puede enjuiciar con los mismos criterios que son aplicables en el caso de las normas de estructura condicional, siendo en aquéllas indiferente

“que el pronóstico – como tal – se haya cumplido o no, dado que, por su naturaleza, todo pronóstico, condicionado por variantes múltiples y no totalmente controlables, es falible. La injusticia de la resolución no será, por lo tanto, consecuencia de que los hechos posteriores defrauden la expectativa expresada en el pronóstico judicial. También habría un fracaso del pronóstico si se pudiera demostrar que un preso preventivo, del que se supuso que podría fugarse, no lo hubiera hecho. Pero, es evidente que en tal caso nadie consideraría injusta la resolución que hubiera denegado la libertad, no obstante lo erróneo del pronóstico sobre su conducta futura”; lo decisivo, pues, para juzgar sobre la injusticia de la resolución, concluye el ATS, “es el apoyo de la misma en principios jurídicamente reconocidos y la correcta deducción a partir de los mismos”.

8. El Auto del Tribunal Supremo examina a continuación las circunstancias del caso alegadas por el Ministerio Fiscal en apoyo del carácter injusto de la resolución adoptada por los Magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional querellados. Así: frente a la afirmación de que en resoluciones anteriores de la propia Sección se había apreciado el peligro de fuga, el Tribunal Supremo opone que los Magistrados consideraron una situación nueva, derivada del informe médico; frente a la gravedad de las penas solicitadas por el Fiscal en la causa, el ATS opone que la ley no contiene una presunción *iusuris et de iure* de peligro de fuga por aquella circunstancia, sino que tal peligro debe comprobarse en todos los casos<sup>27</sup>; frente a la circunstancia del señalamiento del juicio para pocos días más tarde, el ATS señala que “la ley no condiciona la excarcelación bajo fianza a determinadas fases del proceso”, y, ciertamente, el Tribunal Constitucional tiene declarado que el avanzado estado de tramitación de la causa no está previsto legalmente como fundamento de la medida limitativa de libertad (STC

<sup>27</sup> Este punto de vista es coherente con lo que viene afirmando reiteradamente el Tribunal Constitucional, en el sentido de que la gravedad de la pena no es, por sí sola, motivo suficiente para denegar la libertad (STC 29/2001), pues ello implicaría atribuir a la prisión provisional una finalidad retributiva que no le corresponde (STC 61/2001). Más concretamente, la STC 29/2001 dice que la constatación del peligro de fuga no puede derivar sólo de la gravedad del delito imputado y de la pena, sino que debe tomar en consideración las circunstancias del caso y las personales del imputado.

29/2001); finalmente, el ATS se refiere a la pretendida inconsistencia del informe médico, en el que los Magistrados querellados habían basado su decisión de conceder la libertad bajo fianza al presunto narcotraficante.

Respecto a esta última cuestión, sin duda la más controvertida, el ATS comparte el criterio adoptado por el Instructor de la causa, que dictó Auto desestimatorio de procesamiento de los Magistrados, confirmado por el ATS de 23-7-2002, señalando que los Magistrados querellados se apoyaron en un informe médico, no contradicho, que evidenciaba un alto grado de probabilidad de suicidio, lo que excluía el carácter injusto del pronóstico referido a la fuga, y añadiendo que aunque la resolución de aquéllos debió ofrecer una mayor motivación, lo cierto es que “el delito de prevaricación no consiste en una motivación insuficiente, sino en dictar una resolución injusta”, de manera que “la injusticia de la resolución no desaparece con una extensa motivación, ni una motivación poco informativa es determinante de la injusticia de la resolución”.

El ATS concluye afirmando que aunque es posible dudar de lo acertado de la decisión de excarcelación adoptada por los Magistrados como el mejor medio de eludir el peligro de suicidio,

“lo cierto es que, ante el conflicto de bienes jurídicos que tenían que resolver y ante la necesidad de aplicar una norma que deja abierta la solución, no resulta posible considerar injusta una resolución que ... opta por asumir un riesgo para salvar el bien jurídico más importante de los que están en conflicto”.

**9.** Por último, en cuanto al tipo subjetivo, el ATS señala que fue correcto el criterio seguido por el Instructor, basando su decisión en el reconocimiento por los Magistrados del error de valoración respecto del peligro de fuga. El error de los Magistrados – dice el ATS – no versó sobre el derecho aplicado, como pretendía el Fiscal, sino sobre las consecuencias de un diagnóstico médico respecto del «peligro de fuga», es decir, sobre el pronóstico de comportamiento futuro del acusado.

El ATS concluye, pues, que ni hubo dolo, exigido por el tipo penal del art. 446 CP, ni hubo tampoco culpa consciente, exigido por el tipo penal del art. 447 CP, que al requerir que la resolución sea «manifiestamente injusta» está exigiendo – dice el ATS, con cita de la Sentencia 359/2002, de 26-2 – que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado la posibilidad de realización del tipo, habiendo confiado *injustificadamente* en la adecuación a derecho de dicha resolución, pues el error sobre la injusticia no sólo excluye el dolo, sino también la culpa consciente. Y en cuanto a la culpa inconsciente, ni siquiera entró en consideración al no estar prevista su punición en el delito de prevaricación.

**10.** En *resumen*, se puede afirmar que la STS de 15-10-1999 (caso «Gómez de Liaño»), y el ATS de 23-7-2002<sup>28</sup>, que confirma la desestimación del procesamiento de los

<sup>28</sup> Cfr. “Los límites a la responsabilidad penal de jueces y magistrados”, en *La Razón*, de 22-9-2002, de M. Cobo del Rosal, quien luego de afirmar que no se puede convertir a los jueces en profetas y exigirles responsabi-

Magistrados de la Audiencia Nacional que concedieron la libertad bajo fianza al presunto narcotraficante «El Negro», y que éste aprovechó para fugarse, han contribuido considerablemente a la comprensión de la ilicitud del delito de prevaricación judicial, que facilitará, sin duda, en adelante, la aplicación de este delito. El Tribunal Supremo (Sala Segunda) ha cumplido así, una vez más, la alta función que le asigna la Constitución en su art. 123.

Siempre será posible discutir sobre los criterios que sustentan las distintas resoluciones, sobre las teorías que están a la base de la aplicación de las normas, en fin, sobre si se deben interpretar éstas con arreglo a uno u otro método de interpretación, contrastando, por ejemplo, los resultados que se consiguen desde las distintas perspectivas, y optando por la que permita alcanzar resultados más satisfactorios. Es en este terreno, el de la teoría y la argumentación, en el que deberían tener lugar las críticas, siempre deseables, de las resoluciones, e incluso de las propias normas, y no aquel otro - en el que algunos periodistas insisten en situarse - del sensacionalismo, la tergiversación de los hechos, el desprestigio sin más de las instituciones y de las personas, y, en fin, de la irracionalidad

dad si se equivocan en su pronóstico, califica de excelente y destacable por su rigor y alturas científicas el ATS de 23-7-2002.