

HAVA GARCÍA, Esther, *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed., 2019, 149 páginas

MARIO NEUPAVERT ALZOLA*
Abogado

neupavertmario@gmail.com

La corrupción ha sido, es, y seguirá siendo uno de los principales problemas para la sociedad española según el CIS. Sin ir más lejos, en marzo de 2019, la corrupción y el fraude eran objeto de preocupación para uno de cada tres españoles, dejando entrever tanto la relevancia que la corrupción tiene en nuestras vidas, como el desinterés y desconfianza en cuanto al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Dentro del marco de la corrupción encontramos un gran catálogo de delitos, siendo la prevaricación del funcionario público uno de los que mayor arraigo encuentra en la historia de nuestra legislación penal. Así, tanto el Título XIX como el XX del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 22 de noviembre, del Código Penal, que recogen los delitos contra la Administración pública y contra la Administración de Justicia, comienzan con la tipificación del delito de prevaricación administrativa y judicial, respectivamente. Ambos delitos constituyen una pieza fundamental en la lucha contra la corrupción, ya que el objetivo de quien soborna o trafica con sus influencias suele ser con mucha frecuencia la emisión de una resolución a sabiendas de su injusticia, ya fuere por un funcionario público en un asunto administrativo (artículo 404 del Código Penal), o por un juez o magistrado en el marco de un proceso (artículo 446 del Código Penal).

La obra de la Profa. HAVA GARCÍA se enmarca en el contexto de unos delitos cuya regulación prácticamente no se ha modificado, pero sí que ha visto cómo cambiaba la interpretación que de los mismos realizaban los tribunales o cómo evolucionaban los ordenamientos administrativo y procesal, de total relevancia para la aplicación práctica de estos tipos penales.

Recepción: 25/10/2020

Aceptación: 27/10/2020

Cómo citar este trabajo: NEUPAVERT ALZOLA, Mario, “HAVA GARCÍA, Esther, *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed., 2019, 149 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 253-256, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.11>

* Doctorando en Derecho en la Universidad de Cádiz (España).

El entendimiento de estas figuras adquiere una mayor importancia al comprender que los comportamientos de corrupción pueden estar motivados por un gran abanico de circunstancias, no solo las económicas. De este modo, poner el foco en conductas como el cohecho o la malversación puede conllevar el riesgo de olvidar el hecho base: la resolución injusta de la que se sirve el corruptor para obtener su beneficio ilícito.

La obra comentada aborda, en primer lugar, dentro del capítulo titulado “Cuestiones introductorias”, la base sobre la que se construyen los tipos prevaricadores: la corrupción y la desviación del poder. El estudio de la lesión de la imparcialidad, ya sea cometida por funcionario público o por juzgador, da paso a la evolución histórica de estos delitos en nuestra historia reciente. La autora también analiza en este capítulo la configuración actual de los delitos en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, así como los principales aspectos que resultan de actualidad en esta materia, con mención a casos de prevaricación administrativa y judicial sobradamente conocidos por la opinión pública.

En segundo lugar, analiza el delito de prevaricación administrativa, estudiando en profundidad cuestiones tales como el bien jurídico protegido, el sujeto activo, la conducta típica, autoría y formas de participación, el *iter criminis*, los concursos, las cuestiones procesales, y concluyendo este capítulo con una mención a las prevaricaciones específicas. En numerosas ocasiones durante el capítulo encontramos referencias puntuales a otras obras relativas a los distintos aspectos que el delito de prevaricación administrativa comparte con otros delitos contra la administración pública, junto a las principales referencias doctrinales en materia de prevaricación administrativa, como son las publicaciones de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y GONZÁLEZ CUSSAC. En este sentido, el trabajo de la autora supone dar un salto de calidad en el estudio del delito de prevaricación administrativa, en la medida en que su monografía consigue aunar los planteamientos iniciales del delito en sus inicios en 1995 con la jurisprudencia actual y el derecho administrativo que se encuentra vigente.

Así, en el primero de los apartados HAVA GARCÍA sintetiza el bien jurídico protegido en el correcto desempeño de la función pública mediante un profuso estudio de la doctrina junto al examen de pronunciamientos del Tribunal Supremo, perfilando el mismo mediante la aplicación del principio de intervención mínima y con la caracterización del delito con un plus adicional de desvalor frente al ilícito que estaría sujeto a la jurisdicción contencioso-administrativa. Posteriormente dedica parte del análisis al sujeto activo del delito sin incidir en exceso en el concepto clásico de autoridad o funcionario público, aclarando la configuración del delito como especial propio.

El grueso del capítulo queda dedicado, subsiguientemente, a la conducta típica, compuesta por el dictado una resolución en asunto administrativo, la naturaleza arbitraria de la resolución, y el tipo subjetivo.

Con respecto a la conducta consistente en dictar una resolución en asunto administrativo, la autora trata tanto el verbo nuclear como la posibilidad de apreciar el delito a través de comisión por omisión, con especial referencia a la obligación de resolver recogida en el artículo 21 de la

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y al silencio administrativo en el régimen posterior a la reforma de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Particularmente, analiza la consideración como resoluciones de las omisiones de sujetos activos que, incumpliendo su obligación legal de resolver de forma explícita, provocan el dictado a través del juego del silencio administrativo. Tras ello se da paso al análisis de la resolución, que es definida eminentemente por su contenido decisorio y aborda el necesario debate suscitado con respecto a los actos de trámite. Este apartado se concluye con la definición del asunto administrativo, entendiendo como resoluciones dictadas en asunto administrativo las emitidas con carácter decisorio por funcionarios públicos o autoridades que se encuentran reguladas y sometidas al Derecho administrativo.

En cuanto a la naturaleza arbitraria de la resolución, la autora realiza un exhaustivo estudio en torno a la distinción de la resolución que devendría nula a través de los cauces del derecho administrativo y la resolución arbitraria que merece el reproche penal, centrandó el foco en la infracción grave del principio de legalidad suficiente como para suponer la nulidad de pleno derecho del acto, si bien requerirá la constatación adicional del desvalor de comportamiento. Tal desvalor se ve reflejado a su vez en el elemento subjetivo, a sabiendas de su injusticia, que se trata en la obra mediante el estudio de la intención del sujeto activo, con la exclusión de apreciación de modalidades subjetivas distintas al dolo directo, aun con menciones necesarias al dolo eventual o al error.

Tras concluir el estudio de la prevaricación administrativa, y con un esquema idéntico, el tercero y último de los capítulos lo dedica a la prevaricación judicial. El capítulo da inicio con la evolución del delito originada por el paso de sistemas autoritarios hacia la división de poderes consagrada en la Constitución de 1978, y que distingue claramente al funcionario público del Juez o Magistrado en la labor constitucional que desempeñan de forma específica y exclusiva los segundos. Continúa con los sujetos activos del delito, desde una perspectiva que pone el foco en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que no le impide afrontar la problemática que plantea la exigencia de responsabilidades penales por este delito en otros supuestos dudosos, como serían los protagonizados por órganos judiciales colegiados, el Tribunal del Jurado, el Ministerio Fiscal o incluso la Policía Judicial.

Posteriormente, desgrana el tipo de prevaricación dolosa (artículo 446 del Código Penal) dividiendo el epígrafe en dos apartados: el relativo a la conducta típica y el relativo al elemento subjetivo.

En cuanto al primero, comienza centrándose en los elementos comunes del delito: dictar (verbo que en este supuesto típico plantea menor problemática que en el delito de prevaricación administrativa), el objeto material (la sentencia o resolución judicial), y previo repaso a otros supuestos como son los actos de jurisdicción voluntaria o los acuerdos del pleno no jurisdiccional, concluye con el análisis de la naturaleza injusta de la resolución (y el estudio de las teorías elaboradas en torno a dicha concepción, decantándose por la objetiva). Tras ello se

explican las distintas modalidades de conducta, que comportan un mayor o menor reproche penal según sea el procedimiento judicial en cuyo marco se prevarique.

En cuanto al tipo subjetivo de la prevaricación judicial, la expresión a sabiendas se identifica con el dolo, la plena conciencia del carácter injusto de la resolución, si bien en este apartado la autora hace hincapié en la posible laguna existente entre las prevaricaciones dolosas (artículo 446 del Código Penal) y las imprudentes (artículo 447 del Código Penal). Y ello porque si el dolo que requiere este delito es un dolo cualificado, el eventual podría quedar impune, ya que no cabe subsumirlos en el delito de prevaricación imprudente. El capítulo concluye con referencias a la prevaricación imprudente, con distinción entre la imprudencia grave y la ignorancia inexcusable, las circunstancias modificativas y concursos y distintas cuestiones procesales.

También a la hora de estudiar el delito de prevaricación judicial, la autora consigue plasmar los principales planteamientos de una abundante jurisprudencia con referencias doctrinales como las de FERRER BARQUERO o PEDREIRA GONZÁLEZ, entre otros, y señala los puntos más conflictivos de la evolución de este delito a lo largo de los 25 años de su redacción vigente.

En definitiva, encontramos una obra de completa vigencia en el estudio de estos delitos, y que probablemente será de referencia obligada en el futuro, no solo en el seno de la doctrina penal sino también, posiblemente, en los procedimientos judiciales, dada la manifiesta importancia que están adquiriendo en los últimos años el estudio y enjuiciamiento de los delitos de prevaricación.