

Jorge García Rodríguez

LA PREVARICACIÓN JUDICIAL Y LA CONDUCTA DE  
DICTAR RESOLUCIÓN INJUSTA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por el Sr. Carlos Hugo Preciado Domènech

Grado de Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona 2016

Català: El treball té com a objectiu principal l'estudi del delictes de prevaricació judicial relacionada amb la conducta per part del jutge o magistrat de dictar resolució injusta. Es realitzarà un estudi de l'evolució del delictes en qüestió durant el procés de codificació espanyola i dels seus elements essencials. Finalment es comentarà una sentència en la que es condemna a un jutge per delictes de prevaricació judicial.

Español: El trabajo tiene como finalidad realizar un estudio del delito de prevaricación judicial en relación con la conducta de dictar resolución injusta por parte del juez o magistrado. Finalmente se concluirá con el comentario a una sentencia en la que se condena a un juez por delito de prevaricación judicial.

English: This essay aims to analyze the judicial malfeasance in relation to the conduct of dictating an unjust resolution by a judge or magistrate. The process of the evolution suffered during the Spanish coding and the essential elements of the type will be analyzed. Finally a judgement which punishes a judge because of a judicial malfeasance will be commented.

Palabras clave:

Prevaricación Judicial	Administración de Justicia	Dolo
Juez	Tutela judicial efectiva	Imprudencia
Magistrado	Garante del Derecho	Garzón
Resolución injusta	Interpretación del Derecho	Código Penal
A sabiendas	Manifiestamente injusta	Bien jurídico
Tipo subjetivo	Tipo objetivo	Justicia

# Índice

Abreviaturas .....	7
--------------------	---

Introducción .....	8
--------------------	---

## CAPÍTULO I

<b>1 Regulación de la prevaricación judicial en los diferentes códigos penales.....</b>	<b>11</b>
---	-----------

1.1 El código penal de 1822.....	11
1.2 El código penal de 1848 y la reforma de 1850.....	12
1.3 El código penal de 1870.....	13
1.4 El código penal de 1928.....	14
1.5 El código penal de 1932.....	15
1.6 El código penal de 1944.....	15
1.7 El código penal de 1973.....	16

## CAPÍTULO II

<b>2 El fundamento del ilícito .....</b>	<b>16</b>
--	-----------

2.1 Bien jurídico protegido .....	16
2.1.1 La administración de justicia.....	17
2.1.1.1 La administración de justicia como poder judicial del Estado.....	17
2.1.1.2 La confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia.....	18
2.1.1.3 La administración de justicia como servicio público dentro de la Administración pública del Estado .....	18
2.1.1.4 La Administración de Justicia como potestad jurisdiccional y la diferencia entre prevaricación judicial y administrativa.....	19
2.1.2 Otros bienes jurídicos posiblemente afectados por el delito de prevaricación judicial .....	21
2.1.2.1 Los derechos e intereses de las partes en el proceso .....	21
2.1.2.2 El derecho a la tutela judicial efectiva comprendido en el artículo 24 CE	22

2.1.3	La prevaricación judicial como delito de responsabilidad institucional en la categoría JAKOBS .....	24
2.1.3.1	El deber institucional del juez y su posición como garante .....	24
2.1.3.2	El sometimiento exclusivo al Derecho y el principio de imparcialidad	26

### CAPITULO III

<b>3</b>	<b>Tipo objetivo.....</b>	<b>29</b>
3.1	Sujeto típico .....	29
3.1.1	Los miembros del Poder Judicial.....	30
3.1.1.1	Los jueces de paz.....	30
3.1.1.2	La jurisdicción militar.....	31
3.1.2	Tribunales constitucionales no pertenecientes al Poder Judicial.....	32
3.1.2.1	Tribunal Constitucional .....	32
3.1.2.2	El Tribunal de Cuentas.....	34
3.1.3	El Ministerio Fiscal.....	35
3.1.4	El Tribunal Jurado .....	37
3.1.4.1	El Magistrado-Presidente del Tribunal Jurado.....	41
3.1.5	El Árbitro .....	42
3.2	La conducta típica y la comisión por omisión .....	45
3.3	Las resoluciones incluidas en el tipo de la prevaricación judicial .....	47
3.3.1	La naturaleza jurisdiccional de las resoluciones .....	47
3.3.1.1	Resoluciones dictadas en la sede de órganos administrativos.....	48
3.3.1.2	Las Providencias.....	48
3.3.2	Resoluciones contra el reo por causa criminal del artículo 446.1 CP .....	49
3.3.3	Resoluciones contra el reo en juicio por delitos leves del artículo 446.2 CP	50
3.3.4	Resoluciones residuales del artículo 446.3 CP.....	51
3.4	La injusticia y arbitrariedad de la resolución .....	52

3.4.1	Interpretación de las normas .....	52
3.4.2	La interpretación de la Constitución .....	53
3.4.3	El libre enjuiciamiento del juez y el deber de imparcialidad .....	53
3.4.4	La interpretación del término injusta .....	54
3.4.4.1	La teoría subjetiva .....	54
3.4.4.2	La teoría objetiva .....	55
3.4.4.3	La teoría de los deberes.....	56
3.4.4.4	La injusticia de la resolución según la jurisprudencia del Tribunal Supremo .....	57

#### CAPITULO IV

<b>4</b>	<b>Tipo subjetivo de la prevaricación judicial dolosa.....</b>	<b>59</b>
4.1	Interpretación de la expresión “a sabiendas” .....	60
4.2	El dolo eventual.....	62
4.3	El error de tipo y el error de prohibición .....	64
4.3.1	El desconocimiento de la injusticia de la resolución .....	64
4.3.2	Conocimiento del carácter injusto de la resolución.....	66

#### CAPITULO V

<b>5</b>	<b>Tipo subjetivo de la prevaricación judicial imprudente .....</b>	<b>67</b>
5.1	La gravedad de la imprudencia .....	69
5.2	La ignorancia inexcusable.....	69
5.3	La resolución manifiestamente injusta .....	70
<b>6</b>	<b>Comentario a la sentencia por la que se condena al juez Baltasar Garzón Real .....</b>	<b>71</b>
6.1	Hechos probados .....	71
6.2	Fundamentos de Derecho.....	72
6.3	Conclusión .....	74
	<b>Conclusiones.....</b>	<b>76</b>

<b>Bibliografía.....</b>	<b>79</b>
--------------------------	-----------

## **Abreviaturas**

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
FD	Fundamento de Derecho
LECrim	Ley Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

## Introducción

El término prevaricación proviene del latín “*varicare*” que significa “andar torcido” y se interpreta como el torcimiento del Derecho, es decir, a una incorrecta aplicación del mismo.

El delito de prevaricación judicial se encuentra incluido en el Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995), en el capítulo primero, título XX y Libro Segundo, y se engloba dentro de los delitos contra la administración de justicia.

Únicamente existen cuatro artículos cuya finalidad es regular el delito de prevaricación judicial. Estos cuatro artículos son el 446, el 447, el 448 y por último, el 449 CP, sin embargo, nosotros nos centraremos en el 446 y 447 que corresponden a la conducta de dictar una resolución injusta.

Lo que hay que tener en cuenta en un principio es que existen tres tipos de conductas susceptibles de ser castigadas por el Código Penal, las cuales son la de dictar una resolución judicial injusta, la negativa a juzgar y por último retrasar el procedimiento judicial en cuestión, pero ¿cómo se determina que se ha cometido un delito de prevaricación judicial?

El Tribunal Supremo, en su sentencia del 11 de Diciembre de 2001, en su fundamento de derecho cuarto, se ha pronunciado en este sentido “la determinación de tal injusticia 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 puedan ser jurídicamente defendibles”. Sin embargo, esta definición crea varias dudas al respecto. ¿Qué se entiende por opiniones jurídicamente *defendibles*? ¿Qué se debe entender por resolución *injusta*? La misma sentencia intenta responder a esta cuestión “por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad”. A pesar del intento de responder ambas preguntas y dejar claro cuál es el significado correcto de los términos “defendibles” e “injusta”, amplían aún más el abanico de dudas surgidas al respecto.

Además en el Auto de 19 de Diciembre de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, se describe el delito de prevaricación judicial y además se especifican cuáles son los requisitos necesarios para la comisión del mismo “La Sala se basa en el concepto objetivo de prevaricación centrado en la imposibilidad de hacer compatible la

resolución adoptada con cualquier interpretación del derecho realizada en el marco de los métodos admisibles”, es decir, la Sala en Cuestión, entiende que solo será posible dictar una resolución que pueda ser defendida en base a la legalidad, dictada bajo unos criterios de interpretación que sean lícitos, admisibles.

Para determinar qué requisitos hacen falta para cometer un delito de prevaricación judicial, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia se remite a la Doctrina del Tribunal Supremo, la cual establece que “para apreciar la comisión de un delito de prevaricación dolosa es necesario que el autor dicte una sentencia o resolución que pueda considerarse injusta y además, que lo haga a sabiendas, ”. Sin embargo, volvemos a encontrarnos con que los términos “*a sabiendas*” y “*admisibles*” quedan totalmente libres de interpretación, por lo que crean una gran confusión.

A pesar de los reiterados intentos del Tribunal Supremo y de los demás Tribunales Superiores de Justicia por intentar aclarar el significado y definición de dichos términos, a día de hoy, la duda no se ha resuelto.

Existe también otra problemática en cuanto al bien jurídico lesionado por el delito de prevaricación. Existen varias formulaciones al respecto, pues se contempla la posibilidad de que el bien jurídico protegido sea la buena administración de justicia o la confianza del pueblo en el correcto funcionamiento de la misma, la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en virtud del artículo 24.1 CE, y por último la infracción de un deber asegurado institucionalmente, teoría defendida por Günther Jakobs.

También es un hecho destacable que anteriormente no se hacía una diferenciación entre delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos llevados a cabo por jueces o magistrados, y es a partir del proceso de codificación penal español cuando se hace esta partición. Se destaca la figura del juez y del magistrado frente la del funcionario público, hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de Diciembre de 2001, que ya distingue el poder que tiene el juez frente al del funcionario público, por lo que los delitos susceptibles de ser cometidos por ambos sujetos deben ser diferenciados también, no tanto por la condición de juez sino por la de administrador de justicia lo cual conlleva el exclusivo sometimiento al imperio de la ley y al ordenamiento jurídico español.

Es evidente que no se puede equiparar la figura del funcionario público a la de un juez o magistrado, puesto que a pesar de que ambos sujetos resuelven un conflicto mediante

una resolución de acuerdo con la ley, es el juez quien tiene el monopolio de la jurisdicción.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos interpretar que el delito de prevaricación judicial tiene una mayor gravedad puesto que el juez o magistrado en cuestión está vulnerando el poder judicial que le viene conferido por la norma suprema, en su artículo 117.1 CE.

Debido a la gravedad que supone cometer un delito de prevaricación judicial en ejercicio de la potestad jurisdiccional, resultan unas penas más duras que las que se imponen en los casos de prevaricación por parte de un funcionario público.

Ahora bien, ¿Qué sucede en el caso del Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, los árbitros, y lo que es más complicado aún, el Tribunal Jurado? Si nos fijamos estrictamente en lo que establecen los artículos 446 y 447, los únicos sujetos capaces de cometer un delito de prevaricación judicial son los jueces y los magistrados, por lo tanto, ¿qué ocurre en los demás casos nombrados anteriormente?

En conclusión, este trabajo tiene como finalidad principal, llevar a cabo un análisis completo sobre el delito de prevaricación judicial en el ámbito de la conducta de dictar una resolución injusta, empezando por su evolución histórica. Se procederá a analizar qué bien jurídico se quiere proteger con el artículo 446 y 447 CP, los elementos esenciales del tipo y finalmente se comentará una sentencia que condena al juez Garzón. Por último me gustaría agradecer al tutor Carlos Hugo Preciado Domènech todo el apoyo y facilitación de información que me ha dado, desde un amplio abanico de libros para consultar hasta una orientación durante todo el transcurso del trabajo. Agradecer también a mis amigos que siempre me han animado a seguir adelante y a mis padres y mi hermana por hacerme más fácil y llevadero el trabajo.

## CAPÍTULO I

### **1 Regulación de la prevaricación judicial en los diferentes códigos penales**

Como bien sabemos, dependiendo del momento histórico en el que nos encontremos, el Derecho se ve influenciado por la sociedad, por lo que también se ve afectado el delito de prevaricación judicial y su fundamento del ilícito, además de la responsabilidad penal.

En la Edad Media se tenía por prevaricador a todo aquel juez que fuera infiel al Rey, es decir, que dictara una resolución que no le fuera favorecedora, o incluso, que perjudicara a sus súbditos.

En el Estado Moderno, se tiene al juez como funcionario público por lo que el delito de prevaricación judicial también es interpretado como una infracción a un deber de funcionario, por lo que durante esta época se ha englobado al delito de prevaricación dentro del título de delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

Finalmente en el Estado Constitucional de Derecho, a raíz del principio de independencia garantizado por el artículo 117.1 CE y del sometimiento exclusivo al ordenamiento jurídico español, se relaciona al juez con la figura de administrador de justicia por lo que debe responder también por la infracción del deber que conlleva su cargo institucional. Es por este motivo que el Código Penal de 1995 incluye la prevaricación judicial dentro del título XX, referente a los Delitos contra la Administración de Justicia.

En este apartado nos centraremos en analizar la evolución del delito de prevaricación judicial en su proceso de codificación desde el año 1822, hasta el Código vigente de 1995.

#### *1.1 El código penal de 1822*

El delito de prevaricación judicial se encuentra regulado en la Parte I, Título VI (“*De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”), Capítulo I (“*De la prevaricación de los funcionarios públicos*”). Este Capítulo comprende los artículos 451, 452 y 453.

A primera vista podemos apreciar que en la misma denominación del Título VI, ya se denota que el delito de prevaricación por aquél entonces, venía englobado en la

categoría de delitos o culpas, susceptibles de ser cometidos por funcionarios públicos, es decir, como ya hemos señalado anteriormente, no se hace esta diferenciación tan importante entre jueces o magistrados y funcionarios públicos.

Es cierto que en el artículo 451 se hace referencia de forma individual tanto a jueces como a funcionarios públicos, sin embargo, lo que hay que destacar, es el hecho de que no vienen separados, es decir, se engloban en el mismo tipo de prevaricación, vienen regulados ambos en el mismo apartado, en el mismo Capítulo I del Título VI.

En cuanto a la pena aplicable, se opta por el modelo de la pena talional, esto es, aplicar la misma pena que se hubiera aplicado al perjudicado por la resolución injusta, siempre y cuando se cumpliera el requisito de dictar dicha sentencia a sabiendas y se hubiera cometido una causa criminal.<sup>1</sup>

La pena talional es un modelo que se mantendrá en los códigos posteriores.

Las conductas consideradas delito de prevaricación se amplían a la infracción de otros deberes de los jueces y magistrados, no únicamente el de juzgar conforme a la ley y el Derecho, por lo que, no solamente son considerados jueces prevaricadores aquellos que “a sabiendas juzgan contra la ley, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado”, sino que también se añade la posibilidad de que sean castigados aquellos que “proceden criminalmente contra alguna persona o la complican en algún procedimiento criminal sabiendo que no lo merece”, además de aquellos que “nieguen, rehúsen o retarden la administración de justicia”.

En conclusión, se entiende por prevaricación a aquellos abusos del cargo cometidos por los funcionarios públicos y jueces o magistrados.

## *1.2 El código penal de 1848 y la reforma de 1850*

El Código Penal de 1848 reguló el delito de prevaricación en el Libro II, Título VIII (“*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*”), Capítulo I (“*Prevaricación*”), en sus artículos comprendidos entre 262 y 268. Además de todas las figuras habituales, tanto de los jueces, magistrados, funcionarios públicos e incluso abogados o procuradores, se incorpora en el mismo capítulo de la prevaricación, un delito que en el Código de 1822 se regulaba en un Capítulo diferente al de la prevaricación, exactamente el Capítulo IX. Este delito era el de “faltando a la obligación

---

<sup>1</sup> Güidi Clas, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006. Página 52.

de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes”. Es decir, en el capítulo I del Título VIII, se regulan gran variedad de conductas susceptibles de ser tipificadas como delito de prevaricación. Estas conductas, sin embargo, comparten un aspecto en común, el incumplimiento de deberes contraídos por funcionarios<sup>2</sup>:

- Dictar resoluciones injustas por parte del juez o magistrado.
- Negativa a juzgar y retardo malicioso en la administración de justicia.
- Resoluciones injustas de los funcionarios en asuntos administrativos.
- Falta del deber de persecución y castigo de delincuentes.

Nos encontramos ante una situación parecida a la del Código de 1822 puesto que engloba en el mismo capítulo a funcionarios públicos y a los jueces y magistrados, sin embargo, en este cuerpo legal, ya se hace una diferenciación, pues los artículos 262 y 265 van destinados únicamente a jueces y magistrados, mientras que el 263 y 264 van dirigidos, por contrario, a funcionarios públicos.

En el artículo 262 se regula la prevaricación dolosa, se exige además de una sentencia, la necesidad de que ésta sea definitiva y manifiestamente injusta.

Rige la imposición de la pena talional para castigar los delitos de prevaricación judicial. Además se puede destacar que los artículos 266 y 267 hacen referencia a supuestos en los que los prevaricadores son abogados o procuradores.

Nos encontramos por primera vez con esta diferenciación, que será respetada por los Códigos posteriores, el delito de prevaricación judicial adquiere ya autonomía propia, se regula en el artículo 262 la prevaricación judicial dolosa.

A pesar de la reforma del 30 de junio de 1850, la redacción del articulado referente a la prevaricación judicial, queda intacta, sin embargo, se cambia el número de los artículos, del 269 al 275, anteriormente del 262 al 268.

### *1.3 El código penal de 1870*

Este texto legal reguló el delito de prevaricación en el Libro II, Título VII (*“De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”*), Capítulo I (*“Prevaricación”*), y comprende los artículos 361 a 372.

A simple vista podemos apreciar que se extiende el articulado respecto al delito de prevaricación, pues este cuerpo legal ya contiene 12 artículos referentes a éste.

---

<sup>2</sup> Güidi Clas, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006. Página 53.

En cuanto a prevaricación judicial, existían 7 artículos, del 361 a 368, mientras que los restantes regulaban la prevaricación de funcionarios públicos, artículos 369 y 370, y por último, la prevaricación de abogados y procuradores, artículos 371 y 372.

De este cuerpo legal tenemos que destacar, como hemos dicho anteriormente, la diferenciación que se hace por primera vez, de prevaricación dolosa y prevaricación culposa. En caso de los jueces y magistrados, la prevaricación dolosa venía regulada del artículo 361 al 365, el 367 y el 368, mientras que la prevaricación culposa, venía regulada en el artículo 366.

Se aprecia la prevaricación judicial dolosa en el artículo 361, bajo la premisa de dictar una resolución injusta y a sabiendas, la negativa a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley y el retardo malicioso de la justicia, en el artículo 368.

Para el caso de prevaricación judicial culposa, regulado en el artículo 366, se requiere de negligencia o ignorancia inexcusable en el momento de dictar una sentencia injusta, ya fuera en causa criminal o civil.<sup>3</sup>

Para el supuesto en que los prevaricadores fueran los funcionarios públicos, no existe esta separación de artículos, es decir, sí que se diferencia la prevaricación dolosa de la culposa, pero el artículo 369 se encarga de regular ambos tipos.

Cabe destacar que permanece la imposición de la pena talional para aquellos jueces o magistrados que incurrieran en un delito de prevaricación judicial.

Además, así como en los Códigos anteriores se establecía como requisito principal la necesidad de que dicha conducta se llevara a cabo de forma “maliciosa”, en este cuerpo legal de 1870, se elimina como requisito necesario para incurrir en un delito de prevaricación, la necesidad de dictar resolución “maliciosamente”, sin embargo, se introduce que la ignorancia y la negligencia han de ser inexcusables.

#### *1.4 El código penal de 1928*

Es el primer Código Penal que introduce un Título sobre los delitos contra la Administración de Justicia, sin embargo, el delito de prevaricación judicial no es trasladado a este capítulo hasta el Código de 1995, a pesar de que en el Proyecto del Código Penal de 1980 y el anteproyecto de 1983 ya se exigiera. Se elimina la imposición de la pena talional para aquellos jueces o magistrados prevaricadores.

---

<sup>3</sup> Güidi Clas, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006. Página 54.

### 1.5 *El código penal de 1932*

El Código Penal de 1932 regula la prevaricación judicial en el Libro II, Título VIII (“*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”), Capítulo Primero (*Prevaricación*), y comprende los artículos 356 a 366.

La prevaricación judicial viene regulada en los artículos 356 a 362, y se contempla la posibilidad de que esta sea dolosa o culposa, además de las diferentes conductas, ya reguladas en los Códigos anteriores, susceptibles de ser tipificadas como delito de prevaricación, referentes al retardo de la justicia, la negativa a juzgar, etc.

En cuanto a prevaricación por parte de los funcionarios públicos, estaba regulada en los artículos 363 y 364, y se contemplaba la posibilidad de que esta prevaricación fuera cometida de forma dolosa o imprudente. Además se contemplaba el supuesto de incurrir en un delito de prevaricación a raíz de la comisión de la conducta de faltar al deber de persecución de los delitos, retardo de justicia, además de dictar una resolución administrativa injusta.<sup>4</sup>

Por último, los artículos 365 y 366 regulaban la prevaricación de abogados y procuradores.

### 1.6 *El código penal de 1944*

El Código Penal de 1944 regula la prevaricación judicial en el Libro II, Título VII (“*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”), Capítulo Primero (*Prevaricación*), y comprende los artículos 351 a 361.

Los artículos 351 a 358 hacen referencia a la prevaricación judicial de los jueces y magistrados. Se vuelve a imponer la pena talional para todos aquellos jueces y magistrados prevaricadores, tal y como establece el artículo 351<sup>5</sup>.

En su artículo 351 a 354 se regula el delito de prevaricación judicial dolosa por dictar una sentencia injusta, mientras que en el 355 se regula la comisión del delito de prevaricación por imprudencia por el mismo motivo.

Los artículos 358 y 359 regulan el delito de prevaricación cometido por los funcionarios públicos. Además en el 358 se regulan tanto la prevaricación dolosa como la imprudente por parte de estos funcionarios.

---

<sup>4</sup> Güidi Clas, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006. Página 54.

<sup>5</sup> Güidi Clas, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006. Página 54.

Por último, los artículos 360 y 361 se encargan de regular la prevaricación de los abogados y procuradores. Cabe destacar que en el artículo 360 se contempla la posibilidad de incurrir en un delito de prevaricación por imprudencia incluso en el caso de que el sujeto activo sea un abogado o procurador.

### *1.7 El código penal de 1973*

El delito de prevaricación judicial se regula en el Libro II, Título VII (“*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”, Capítulo I (“*De la Prevaricación*”), el cual se integra por los artículos 351 a 361.

La redacción de dicho articulado es exactamente idéntica a la del Código de 1944, la única diferencia que existe se encuentra en el artículo 351 pues a raíz de la publicación de la reforma del Decreto 168/1963, de 24 de Enero, la cual elevó la cuantía de la multa, por lo que, la multa de 1.000 a 10.000 pesetas queda suprimida y se modifica por una multa de 5.000 a 50.000 pesetas.

Sin embargo, esta sanción económica, volvió a ser retocada posteriormente, ya que la reforma por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio, volvió a elevar dicha cuantía, y finalmente se impuso una multa de 30.000 a 300.000 pesetas.<sup>6</sup>

## **CAPÍTULO II**

### **2 El fundamento del ilícito**

#### *2.1 Bien jurídico protegido*

Siempre que se intenta estudiar un hecho delictivo es necesario delimitar cual es el bien jurídico pues de eso se encarga el Derecho Penal, de proteger subsidiariamente a los bienes jurídicos.

Para poder determinar el bien jurídico protegido en el caso de delito de prevaricación judicial, hay que tener en cuenta que nos encontramos bajo un régimen de Estado Social y Democrático de Derecho, por lo que debemos fijarnos en lo que se establece en la norma suprema, en la Constitución Española.

Si nos fijamos en el artículo 117 CE podemos apreciar que la misma Constitución ya establece en el apartado primero de dicho artículo que “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder

---

<sup>6</sup> Güidi Clas, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006. Página 55.

judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” y en su apartado tercero que “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.” pues es ésta quien dota, a los jueces y magistrados, de su potestad para dictar resoluciones conforme al Derecho. Por tanto, entendemos que la capacidad para administrar justicia por parte de los jueces y magistrados, tiene su nacimiento en la Constitución y como consecuencia el objeto jurídico a proteger en cuestión, sería el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, sin embargo, ¿es éste el único bien jurídico que se lesionaría al cometerse prevaricación?

### *2.1.1 La administración de justicia*

#### *2.1.1.1 La administración de justicia como poder judicial del Estado*

La administración de justicia es la máxima materialización del principio de separación de poderes instaurado por la Constitución Española de 1978. A raíz de esta separación de poderes, se delimitan el poder judicial, el ejecutivo y el legislativo, por lo que también queda afectado el delito de prevaricación judicial, el cual como consecuencia de esta separación de poderes, al ser considerado una vulneración al poder judicial, queda integrado dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y queda englobado dentro del Título XX, Capítulo Primero, del Código Penal de 1995, como hemos dicho anteriormente.

Este cambio es debido a una gran discusión que se ha desarrollado durante los siglos XIX, XX y XXI, pues además de la difícil delimitación del bien jurídico lesionado por el delito de prevaricación, se suma la complicada tarea de fijar qué delitos son los que deben ser incluidos dentro del Título XIX “Delitos contra la Administración Pública” y cuáles deben ser clasificados dentro del Título XX “Delitos contra la Administración de Justicia” ya que estos administradores de justicia son totalmente capaces de realizar las conductas tipificadas como delito en el Título XIX.

Es por toda esta ardua discusión que podemos afirmar que a pesar del intento de la Constitución Española de hacer efectivo el principio de división de poderes no se ha materializado en el Código Penal de 1995, pues aún en pleno siglo XXI se confunden los delitos que están relacionados con el poder ejecutivo, incluidos en el Título XIX, y los delitos que están vinculados al poder judicial, incluidos en el Título XX.

### 2.1.1.2 *La confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia*

Existe otra perspectiva que defiende que la Administración de Justicia es una institución del Estado y por tanto, el bien jurídico protegido en este caso sería la confianza que ha depositado el pueblo y sus ciudadanos en esta institución, y el prestigio de la misma. Siguiendo esta tendencia, varios juristas famosos, como WESSELS, defienden que “la decepción de la confianza de la comunidad en los aplicadores del Derecho”<sup>7</sup> es el bien jurídico lesionado en este caso.

Muchos de estos juristas defienden que la pérdida de la confianza en los administradores de justicia es una consecuencia directa de la infracción de un deber público, pero así como la infracción de este deber puede desencadenar en un efecto interno administrativo, en el caso de la comisión de delitos por parte de un funcionario público, no sucede lo mismo si el que comete la infracción es un miembro del poder judicial, pues afecta directamente a los principios del Estado y del Derecho.<sup>8</sup>

Es decir, este pensamiento lo que defiende es la protección de la confianza del pueblo mediante la fijación del límite que supone infringir un deber público, por lo que resulta fácilmente criticable, pues dicho objeto que se intenta proteger será siempre un resultado derivado del buen funcionamiento administrativo y judicial, pues es ilógico intentar conseguir que el pueblo deposite su confianza en la administración de justicia sin el buen funcionamiento de la misma. Sin embargo, lo que realmente perjudica al prestigio de la Administración de Justicia no es el delito de prevaricación en sí, sino las consecuencias que éste provoca, como por ejemplo, el hecho de que un delito pueda quedar sin castigar, crea un pensamiento de impunidad del ciudadano a la hora de cometer un delito, por el que no será castigado conforme al Derecho.

### 2.1.1.3 *La administración de justicia como servicio público dentro de la Administración pública del Estado*

Se parte de la idea de que tanto la Administración Pública como la Administración de Justicia son instituciones con un fin común, comparten el deber de atender a los ciudadanos y proporcionar los servicios oportunos y los jueces y magistrados ocupan una posición esencial dentro de la Administración, tienen un papel más relevante.

---

<sup>7</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 112.

<sup>8</sup> Pedreira González, F. M., *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 43.

Podríamos decir que la Administración Pública ejerce un papel generalizado mientras que la Administración de Justicia se encarga de un sector más específico, es una Administración especializada en Derecho y está sometida al imperio de la ley.

Por todo esto podría parecer que la Administración de Justicia formase parte de la Administración Pública y que por tanto el bien jurídico protegido en este caso sería el servicio público en general, por los argumentos expuestos anteriormente, pero esto no es posible, ya que el juez, como todos sabemos, aunque también es un funcionario público, tenemos que destacar que la característica que lo diferencia es que éste tiene atribuida de forma exclusiva, la potestad jurisdiccional del Estado, y debe entenderse por ésta, no un servicio público, sino un derecho constitucional establecido en el artículo 24 CE, pues en él se regula el derecho de la tutela judicial efectiva, y por tanto no sería correcto clasificar a la Administración de Justicia dentro de la Administración Pública.<sup>9</sup>

En realidad tanto jueces como magistrados también desarrollan actividades administrativas propias de los funcionarios públicos y podrían ser castigados por ilícitos penales y disciplinarios, pero en el caso del delito de prevaricación judicial, el ámbito del servicio público queda totalmente apartado, pues en este caso, los jueces y magistrados en cuestión, son la máxima representación de justicia, que ejercen la potestad jurisdiccional en virtud del artículo 117.3 CE y 117.4 CE.

En definitiva, en el supuesto de un delito de prevaricación judicial podemos afirmar que el servicio público no sería un bien jurídico lesionado pues nos encontramos ante el ejercicio jurisdiccional de los jueces y magistrados y por tanto no debe relacionarse con la Administración Pública y el poder ejecutivo, a pesar de que ambas Administraciones estén estrictamente relacionadas y tanto el juez como el funcionario público puedan ser sujetos con funciones muy aparecidas en según qué ámbitos, sobretudo el administrativo.

#### *2.1.1.4 La Administración de Justicia como potestad jurisdiccional y la diferencia entre prevaricación judicial y administrativa*

La potestad jurisdiccional es un poder exclusivo otorgado por la Constitución Española en su artículo 117.3 CE y 117.4 CE tanto a jueces como a magistrados. Esta potestad jurisdiccional es lo que diferencia al resto de funcionarios públicos de los jueces y

---

<sup>9</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 116.

magistrados, pues la Administración pública actuará siempre como una institución del Estado, y por consiguiente, todos los funcionarios públicos actuarán en base a esta Administración, serán siempre trabajadores a disposición de los ciudadanos que desarrollarán tareas a favor del pueblo y del interés general, mientras que el juez actuará siempre como un órgano de Derecho, por lo que en caso de prevaricación judicial, el juez está vulnerando esa condición otorgada por el artículo 117.3 CE y 117.4 CE, no tanto la de funcionario público, sino la de administrador de justicia. En caso de comisión de delito de prevaricación judicial, esta relación que mantiene el juez o magistrado con el Derecho, quedaría quebrantada, se vulneraría el principio de legalidad, pues el juez no estaría actuando en base al Derecho, ni al ordenamiento jurídico ni la ley.

En definitiva, según TOMÁS Y VALIENTE “es la primacía de la ley y de los derechos de los ciudadanos, esto es, en último término la raíz y el eje del Estado de Derecho, lo que garantizan los Jueces al hacer justicia dentro de un proceso”, es decir, según TOMÁS Y VALIENTE, los jueces son los máximos garantes del Derecho y del sometimiento al imperio de la ley.<sup>10</sup>

El Tribunal Supremo, en su STS 2338/2001<sup>11</sup>, de 11 de diciembre, deja claro que no se deben confundir la condición de juez y de funcionario público, pues existe “reconocimiento constitucional del Poder Judicial como un poder del Estado y en consecuencia al muy distinto significado que tiene la prevaricación del funcionario de la del juez, extremo que quedaba injustificadamente oscurecido en la anterior regulación, pues siendo la prevaricación del funcionario y la del juez conductas aparentemente parecidas, tienen un muy diferente significado, en paralelo al diferente puesto que ocupa en el Estado, un Juez o un funcionario.”

Por tanto, si la figura del juez y la del funcionario público son diferentes, es lógico que la prevaricación judicial y la prevaricación administrativa también lo sea, pues a pesar de que ambos están sometidos a la ley, así lo establecen los artículos 103 y 117.1 CE, según RAMOS TAPIA “los funcionarios públicos encuentran en el artículo 103 CE un límite en su actividad administrativa, cuyo objetivo es servir a los intereses generales, para los jueces el sometimiento al Derecho es la esencia de su actividad, el núcleo de su

---

<sup>10</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 123.

<sup>11</sup> STS 2338/2001 (Sala de lo Penal), 11 de Diciembre (recurso 1792/2002)

posición constitucional, pues la potestad jurisdiccional tiene como objetivo único la aplicación del Derecho”.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, es lógico que el Código Penal de 1995 ya separe la prevaricación judicial de los delitos contra la Administración Pública, a pesar de la constante discusión que esto conlleva, no por la duda de cuál sería el mejor lugar para situar al delito de prevaricación judicial en nuestro CP de 1995, sino por el hecho de que aún ahora no se ha delimitado de forma precisa los fundamentos del ilícito de la prevaricación judicial, lo cual supone que nos encontramos ante una vulneración al principio de legalidad, pues a pesar de que la ley es clara en su contenido, no lo es así la interpretación que se puede hacer de los artículos 446 y 447 CP, la cual cosa conlleva que el delito de prevaricación judicial sea un caso imprevisible, pues como veremos más adelante, existen más discusiones al respecto del autor típico del delito de prevaricación judicial, no se plantea únicamente la posibilidad de que el funcionario público lo sea, sino que existen más sujetos que podrían ocupar esa posición.

### *2.1.2 Otros bienes jurídicos posiblemente afectados por el delito de prevaricación judicial*

Aunque es cierto que el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia por parte de los jueces y magistrados es el bien jurídico que más pueda resaltar a primera vista, por todo lo expuesto en el apartado anterior, la doctrina se plantea si realmente es el único bien jurídico lesionado por el delito de prevaricación judicial. En este epígrafe nos centraremos en analizar la posibilidad de que otros bienes jurídicos sean susceptibles de ser lesionados por la comisión del delito de prevaricación judicial en el momento de dictar una resolución injusta.<sup>12</sup>

#### *2.1.2.1 Los derechos e intereses de las partes en el proceso*

Es cierto que en un proceso judicial cuando se dicta una resolución injusta, los derechos e intereses de las partes quedan afectados o lesionados por dicha resolución por lo que podría deducirse que el delito de prevaricación judicial tiene por objeto proteger dichos intereses y derechos.

Sin embargo, podemos considerar que a pesar de que los intereses de ambas partes de un proceso judicial puedan quedar afectados, no es el objeto de protección del delito de

---

<sup>12</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 129.

prevaricación judicial, sino de los Tribunales correspondientes que se encargan de resolver los recursos presentados por las partes afectadas por un acto judicial.

Es decir, aunque se vean lesionados los intereses y derechos de las partes de un mismo proceso judicial, como consecuencia de una incorrecta aplicación del Derecho por parte del juez, no es objeto de protección del delito de prevaricación judicial sino que, tal y como afirma BACIGALUPO “el resultado en la esfera de intereses del particular debe ser recogido por un tipo penal autónomo, cuya realización se conectará por regla general con la prevaricación mediante un concurso real”.<sup>13</sup>

Por tanto, el perjuicio provocado a los intereses y derechos de las partes como consecuencia de haber dictado una resolución injusta, no puede ser considerado objeto de protección del delito de prevaricación únicamente, sino que este es un hecho que podría darse con cualquier otro hecho delictivo, no solamente en los supuestos de prevaricación judicial, por lo que podríamos considerar que esta interpretación de que los derechos e intereses de las partes podrían ser objeto de protección del delito de prevaricación judicial, es en parte cierta, puesto que es verdad que dichos intereses y derechos quedarían lesionados, pero es aún más cierto, que no únicamente pueden verse lesionados por el delito de prevaricación, sino que existen muchos más supuestos en los que podrían verse afectados, por lo que lo correcto sería asociar los intereses y derechos de las partes con cada tipo penal según la situación lo requiera, y así poder relacionarlo posteriormente con el delito de prevaricación judicial, pero siempre habiendo justificado, de antemano, la afectación de estos derechos e intereses con algún tipo penal determinado.

#### *2.1.2.2 El derecho a la tutela judicial efectiva comprendido en el artículo 24 CE*

Es sin duda el tema más discutido por la doctrina y jurisprudencia, pues como bien sabemos, en un primer momento, al hablar de prevaricación judicial, relacionamos el término “prevaricar” con el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, pues es lógico que al escuchar juez o magistrado se relacione directamente con la justicia o el poder para administrarla.

Sin embargo, como ya hemos ido viendo anteriormente, no existe solamente un objeto jurídico que el delito de prevaricación tenga como finalidad proteger, y el derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24 CE está claramente relacionado con el

---

<sup>13</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 130.

tipo penal del delito de prevaricación judicial, pues este artículo, en su apartado primero, reconoce el derecho a todas las personas de “obtener una tutela judicial efectiva de los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” y también a un proceso que comprenda todas las garantías establecidas por el mismo artículo en su apartado segundo “todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.<sup>14</sup>

Por tanto, podemos afirmar que la conexión entre el delito de prevaricación judicial y el artículo 24 CE tiene su fundamento en el momento en que el juez o magistrado dicta una resolución ajustada a Derecho, y por consiguiente en caso de dictarse una resolución no ajustada al mismo, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>15</sup>

El Código Penal, en su artículo 448, ya tipifica como delito de prevaricación judicial el hecho de negarse a juzgar a un ciudadano, es decir, nos encontramos ante un claro ejemplo de denegación de acceso a los Tribunales, por lo que al ponerlo en relación con el artículo 24.1 CE, en cual se regula el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, se estaría vulnerando el acceso a la justicia gratuita, derecho fundamental otorgado por la misma Constitución.

Además el artículo siguiente hace referencia al “Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia” por lo que, partiendo de la idea anterior, también se estaría vulnerando el artículo 24 CE en su apartado segundo, puesto que no se respetan las garantías otorgadas por el mismo, como por ejemplo, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

A pesar de que la relación entre el delito de prevaricación y el derecho a la tutela judicial efectiva sea muy evidente, hay expertos que niegan que este derecho sea el objeto protegido por el delito de prevaricación judicial pues entienden que el recoger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es una inclusión demasiado extensiva

---

<sup>14</sup> Fernández Espinar, Gonzalo. *La prevaricación judicial: De la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva*. Editorial LA LEY. 1993. (LA LEY 7332/2001). Página 5.

<sup>15</sup> Fernández Espinar, Gonzalo. *La prevaricación judicial: De la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva*. Editorial LA LEY. 1993. (LA LEY 7332/2001). Página 6.

ya que conllevaría que cada vez que se vulnerara el artículo 24 CE se constituiría un delito de prevaricación judicial.<sup>16</sup>

En conclusión podemos afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24 CE está íntimamente relacionado con el delito de prevaricación judicial y constituye objeto de protección del tipo, por lo que cada vez que un juez no dicta resolución conforme el Derecho se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, no se dispone de un juez imparcial.

### *2.1.3 La prevaricación judicial como delito de responsabilidad institucional en la categoría JAKOBS*

#### *2.1.3.1 El deber institucional del juez y su posición como garante*

GÜNTHER JAKOBS se basa en que la infracción del deber institucional del juez o magistrado es el fundamento del ilícito y no únicamente un criterio de imputación.

La categoría JAKOBS, en cuanto al fundamento de responsabilidad penal, está dividida en dos pequeños grupos, los delitos de dominio o en virtud de organización y los delitos de infracción de deber o en virtud de una relación institucional.

JAKOBS sitúa el derecho de prevaricación judicial en el segundo grupo, pues considera que el juez que prevarica está decepcionando al Estado en su conjunto, podría ser un ejemplo de que las instituciones estatales realmente no funcionan correctamente.

Podríamos decir que la afirmación en la que se basa JAKOBS para situar el delito de prevaricación en el segundo grupo, es parecido al que discutíamos anteriormente, cuando hacíamos referencia a la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia, y la decepción que implicaría el hecho de cometerse prevaricación judicial. Además JAKOBS considera que el papel que ocupa el juez en el Estado, debe basarse en una relación positiva entre éste y el bien jurídico protegido por la institución para la cual trabaja, es decir, que tanto el juez como el magistrado en cuestión, deben ceñirse a desarrollar su papel de interpretación de la ley, sometimiento a la misma, y resolución de conflictos judiciales, sin estar influenciados por la posible vulneración o lesión del bien jurídico protegido. Con ello no quiere decir que pueda existir un supuesto en el que se pueda lesionar el bien jurídico, pero JAKOBS entiende que el juez debe limitarse a

---

<sup>16</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 135.

hacer lo que se espera de él, y desempeñar el papel que le corresponde, pues solo así se conseguirá un resultado real.

Según JAKOBS no tiene sentido la prevaricación judicial tenga como objetivo proteger la buena administración de justicia si desde el momento que se prevarica no existe una administración como tal, pues cree que “no tiene lugar una verdadera administración de justicia en caso de prevaricación<sup>17</sup>”.

Por todo esto el juez es considerado como sujeto garante que debe asegurar el buen funcionamiento de la administración de justicia, cumpliendo así con su deber institucional y asegurando, como consecuencia, la no vulneración de ningún bien jurídico protegido.

El Tribunal Supremo en su STS ya defiende que “el Juez, como poder del Estado es el garante e intérprete de la legalidad”, por lo que se confirma lo expuesto por JAKOBS.

Por lo tanto, los tipos penales no se crean para garantizar la protección del bien protegido, sino para castigar toda infracción del deber. Desde esta perspectiva podemos pensar que la prevaricación judicial no está tipificada como delito para proteger un determinado bien jurídico, de los expuestos anteriormente, sino para poder castigar el deber del juez de garantizar el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Al tipificar como delito el dictar una resolución injusta, el retardo malicioso de la justicia o la negativa a juzgar, se intenta garantizar el cumplimiento del deber del juez debido a su posición de garante, sancionando en caso contrario, el incumplimiento del deber derivado del lugar que ocupa.

Tiene sentido entonces que muchos autores como RUDOLPHI afirmen que el delito de prevaricación judicial sea un delito de resultado pues se presupone que se ha infringido un deber anterior para poder resultar en un tipo penal ya regulado.<sup>18</sup>

Además el Tribunal Supremo en el Auto del TS de 14 de septiembre de 1994, afirma que “la prevaricación no protege la aplicación correcta del derecho en un caso particular; la ilicitud de la prevaricación no se agota en una mera aplicación incorrecta del derecho sino en la infracción del deber de aplicar el derecho respetando su supremacía” y que por tanto “las modificaciones de las normas aplicadas con abuso de la función no pueden tener ninguna incidencia en el delito de prevaricación, pues el deber infringido por el funcionario o por el Juez, tiene una total autonomía conceptual

---

<sup>17</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 138.

<sup>18</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 144.

respecto de aquéllas” por lo que vendría a defender el mismo pensamiento que tiene RUDOLPHI en tanto que el delito de prevaricación se basa en el hecho de infringir el deber del juez, pero discrepa en el aspecto de que dicho deber tenga naturaleza extrapenal o institucional, por lo que defiende que este deber siempre “nacerá del tipo penal de la prevaricación”.

### *2.1.3.2 El sometimiento exclusivo al Derecho y el principio de imparcialidad*

Es algo evidente que el delito de prevaricación se basa, mayoritariamente, en dictar resoluciones injustas, esto es, en términos generales, por no someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico, y por lo tanto, incumplir el deber de someterse únicamente a la ley, contemplado en el artículo 117.1 CE.

El mismo Tribunal Supremo se suma a la afirmación de que el Juez y el Magistrado se encuentran sometidos exclusivamente al Derecho, y reiteran lo establecido en el 117 CE, pues en su STS 2338/2001<sup>19</sup>, de 11 de Diciembre, dice que “El Juez tiene el monopolio de la jurisdicción y la facultad exclusiva de resolver los conflictos que se le presenten mediante la aplicación de la Ley, en un poder independiente que encuentra su límite en la aplicación del Ordenamiento Jurídico, resolviendo de manera vinculante y definitiva el asunto enjuiciado”.

Hay que entender por deber institucional del juez entonces, la obligación de someterse al ordenamiento jurídico y por tanto, a pesar de que el 117.1 CE no contempla expresamente el principio de imparcialidad, el hecho de vincularse únicamente al Derecho conlleva que se excluyen todo tipo de criterios que no sean el ordenamiento jurídico español.

De hecho el Tribunal Constitucional considera que el deber de imparcialidad del juez queda comprendido dentro del artículo 24 CE, pues se tiene derecho a un proceso judicial con todas las garantías.

Se suma a dicha afirmación el Tribunal Supremo en su sentencia número 2338/2001<sup>20</sup>, de 11 de Diciembre, “puede convertirse en expediente para apartar al Juez competente, y por lo tanto al predeterminado por la Ley, al que se refiere el art. 24.2º de la Constitución, porque si es cierto que debe ser recusado todo Juez del que se pueda sospechar cierta falta de imparcialidad”.

---

<sup>19</sup> STS 2338/2001 (Sala de lo Penal), 11 de Diciembre (recurso 1792/2002)

<sup>20</sup> STS 2338/2001 (Sala de lo Penal), 11 de Diciembre (recurso 1792/2002)

Por lo tanto, tanto para el Tribunal Constitucional como para el Tribunal Supremo, el hecho de que un juez pueda ser imparcial, ya es motivo de recusación o abstención, pues si se siguiera con el procedimiento judicial, y el juez imparcial dictara la sentencia, se estaría vulnerando el artículo 24 CE, el derecho a una tutela judicial efectiva, e implícitamente, el derecho a un juez imparcial.

En cuanto a la doctrina, BENEYTEZ MERINO se suma a la opinión de ambos tribunales, “el deber primordial de quien está investido con la potestad de juzgar, su compromiso esencial con el Estado y con la sociedad es la imparcialidad y así se le obliga a declararlo solemnemente desde que se posesiona del primer cargo”, por lo que el hecho de incumplir con el deber de imparcialidad conlleva a la consiguiente sanción estipulada por el 446 CP, en caso de que sea de forma dolosa, o por el 447 CP si se comete de forma imprudente.<sup>21</sup>

El autor BACIGALUPO ZAPATER entiende también que “el deber del juez consiste en aplicar el derecho sin favorecer de una manera antijurídica a ninguna de las partes y sin perjudicarlas” por lo que defiende que el deber de imparcialidad del juez es el elemento más importante de todos, pues en el supuesto de infringirlo se constituiría el delito de prevaricación judicial.

Sin embargo, hay otros autores que defienden que el deber de imparcialidad no es objeto de protección del delito de prevaricación, así lo afirma BENEYTEZ MERINO, “para que haya injusticia en el sentido del tipo se precisa no solamente una importante y clara quiebra de la racionalidad, ya sea en el establecimiento del hecho, ya sea en la aplicación del derecho, y en su coherencia, sino además, la existencia de elementos objetivos que permitan formar un juicio negativo sobre la imparcialidad”.<sup>22</sup>

Por lo tanto, no podemos afirmar que el objeto jurídico protegido en el delito de prevaricación judicial sea el deber de imparcialidad, puesto hay que varios casos en los que el juez se verá obligado a resolver el litigio de una forma que no sea la jurídicamente correcta, y no por ello estará prevaricando.

Además, en ningún momento se hace mención expresa a la conducta parcial del juez en la regulación del tipo. Si se quisiera sancionar la imparcialidad del juez debería recogerse en algún artículo la necesidad de favorecer o perjudicar a alguna de las dos partes.

---

<sup>21</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 149.

<sup>22</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 150.

En conclusión, podemos afirmar que a pesar de que el deber de imparcialidad del juez no es objeto de protección del delito de prevaricación, está íntimamente relacionado con su vinculación al ordenamiento jurídico y a la ley y por tanto, el hecho de no resolver atendiendo únicamente al Derecho, puede conllevar a la infracción del deber de imparcialidad también.

## CAPITULO III

### 3 Tipo objetivo

#### 3.1 Sujeto típico

El delito de prevaricación judicial es un delito calificado como especial propio<sup>23</sup> puesto que los únicos sujetos que pueden cometerlo son que vengan determinados por la ley, en concreto los artículos 446 a 449 CP, por lo que sin la intervención de uno de éstos el hecho sería atípico.

El artículo 446 CP ya establece que solo pueden ser autores del delito de prevaricación los jueces o los magistrados, por lo que cualquiera que no ostente esta condición, no podrán ser autores de un delito de prevaricación judicial. Esto es así porque los únicos que ejercen la función jurisdiccional son los jueces y magistrados y por tanto, son los únicos que al infringir el deber de administrar justicia podrán ser castigados por ello<sup>24</sup>.

Además el Tribunal Supremo, en su STS 877/1998<sup>25</sup>, de 24 de junio, ya deja claro que “La conducta típica, se describe en el párrafo inicial del artículo 446, y el sujeto activo de la misma sólo puede ser el Juez o Magistrado.”

Se diferencia por tanto una vez más, la prevaricación administrativa de la prevaricación judicial, puesto que también el sujeto típico es diferente en estos dos delitos.

Por tanto, el sujeto típico del artículo 404 CP, que regula la prevaricación administrativa, será el funcionario público, mientras que el sujeto típico del 446 CP, será el juez o magistrado.

Sin embargo, esto no ha sido siempre así, como hemos visto anteriormente, tanto la prevaricación judicial como la administrativa se regulaban en el mismo título, e incluso en ocasiones en el mismo artículo. En el Derecho Penal español, siempre se ha diferenciado la prevaricación judicial de la administrativa, pero es con la consagración de la Constitución Española y el Código Penal de 1995, cuando se aclaran todas las dudas que se pudieran tener al respecto.

La Constitución Española en su artículo 117 CE, en su apartado primero y tercero, otorga la potestad jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales, por lo que los funcionarios públicos finalmente quedan apartados, ya se hace una diferenciación en cuanto al sujeto

---

<sup>23</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Aranzadi. 2011.

<sup>24</sup> Tasende Calvo, Julio. *Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2008. (LA LEY 40837/2008). Página 2.

<sup>25</sup> STS 877/1998 (Sala de lo Penal), de 24 de junio (recurso 2565/1997)

susceptible de cometer el delito de prevaricación judicial, pues únicamente el que esté en ejercicio de su poder judicial podrá cometerlo, en este caso jueces y magistrados.

Finalmente con el Código Penal de 1995, se dice expresamente en el artículo 446 CP que solo serán capaces de incurrir en un delito de prevaricación judicial los jueces y magistrados. Es un hecho destacable cuanto menos, que no es partir de la promulgación de este Código Penal de 1995, que se incluye la figura del Magistrado en el artículo 446 CP, ya que el legislador consideró oportuno añadirlo para solucionar la problemática del sujeto típico y las posibles discusiones que pudieran surgir al respecto.

En conclusión serán autores típicos de un delito de prevaricación aquellos Jueces y Magistrados y que por tanto, dispongan del poder jurisdiccional.

### *3.1.1 Los miembros del Poder Judicial*

Lo ideal para determinar qué jueces y magistrados integran el Poder Judicial es remitirnos al artículo 26 LOPJ en el que se establecen los órganos jurisdiccionales que componen la jurisdicción ordinaria.

En cuanto a juzgados dice que los órganos que forman este grupo son los Juzgados de Paz, los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, los Juzgados de lo Mercantil, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los Juzgados de lo Penal, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de lo Social, los Juzgados de Menores y por último los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

Por otro lado, el grupo de Tribunales está compuesto por el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales.

Por consiguiente, los jueces y magistrados que formen parte de los Juzgados o Tribunales nombrados anteriormente podrán ser autores de un delito de prevaricación judicial, esto incluye también entonces a todos aquellos jueces y magistrados que se encuentren en ejercicio temporal, puesto que la función jurisdiccional que desempeñan es la misma que la de los jueces o magistrados titulares<sup>26</sup>.

#### *3.1.1.1 Los jueces de paz*

Los Juzgados de Paz se caracterizan porque los jueces son temporales, solo ocupan su puesto durante 4 años, y además son jueces legos, la cual cosa conlleva que no tienen el deber de ser graduados en Derecho, así lo establece el artículo 102 LOPJ.

---

<sup>26</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 174.

Por tanto, si no está obligado a conocer el Derecho, ¿cómo se puede garantizar la buena Administración de Justicia? ALMAGRO NOSETE dice que nos encontramos ante una paradoja “un juez debiendo resolver en Derecho no tiene por exigencia del oficio que saber de Derecho”.<sup>27</sup>

Es por esto que debemos entender que el grado de exigencia en cuando a la responsabilidad de un juez de paz no debe ser el mismo que a un juez ordinario o magistrado.<sup>28</sup>

A pesar de que con la nueva redacción del Código Penal se suprimen las faltas y se incluyen los delitos leves, y por tanto, los jueces de paz no tendrían competencia en materia penal, subsiste su competencia civil, por lo que en casos en los que éstos si tuvieran competencia, como por ejemplo, juicios verbales en materia civil, podrían incurrir en responsabilidad penal por delito de prevaricación judicial.

### 3.1.1.2 *La jurisdicción militar*

Los miembros de la jurisdicción militar no están sujetos a la LOPJ puesto que tienen un régimen jurídico especial<sup>29</sup>.

Aunque la jurisdicción militar no se encuentra regulada en la LOPJ , y tampoco se encuentra sujeta al Consejo General del Poder Judicial, se crea la Sala Quinta de lo Militar en el Tribunal Supremo, por lo que los jueces de lo militar desempeñan la misma función que el resto de jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria, y por tanto podrían ser considerados también sujetos susceptibles de incurrir en un delito de prevaricación judicial, por la íntima relación que comparten con los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria y porque además el artículo 1 de la LO 4/1987, de 15 de Julio, establece que la jurisdicción militar está integrada dentro del poder judicial del Estado.

A pesar de lo expuesto anteriormente, el Código Penal Militar de 1985 ya regulaba los supuestos de prevaricación judicial en el título VIII, sobre “los delitos contra la Administración de la Justicia Militar”, por lo que los jueces o magistrados pertenecientes a la jurisdicción militar no podrían ser sujetos activos del delito de prevaricación judicial recogido en el artículo 446 CP a 449 CP, sino del 184 CPM.

---

<sup>27</sup> López Jiménez, Raquel. *La legitimación pasiva en el delito de prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2005. (LA LEY 266/2005). Páginas 3 y 4.

<sup>28</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 173.

<sup>29</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 174

Actualmente, con la derogación del Código Penal Militar de 1985 a raíz de la publicación del nuevo Código Penal Militar de 2015, no se recoge expresamente el delito de prevaricación judicial en la jurisdicción militar, como se hacía anteriormente por lo que atiendo a lo establecido en el artículo 1 CPM, en su apartado segundo, el cual dice que “Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal.” por lo que hay que remitirse al Código Penal de 1995, y por tanto, se le podrán aplicar los artículos 446 CP a 449 CP.

Sin embargo, se deberá seguir lo expuesto en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, para poder enjuiciar a un juez o magistrado de la jurisdicción militar.

### *3.1.2 Tribunales constitucionales no pertenecientes al Poder Judicial*

El Tribunal de Cuentas y el Tribunal Constitucional son dos organismos regulados por la Constitución que tienen atribuida la potestad jurisdiccional, por lo que ha llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de que las resoluciones de estos órganos sean desencadenantes de un delito de prevaricación judicial y por tanto, que dichos jueces o magistrados sean considerados autores típicos.

#### *3.1.2.1 Tribunal Constitucional*

Debido a que el Tribunal Constitucional tiene atribuida la potestad jurisdiccional por la Constitución Española, los magistrados del Tribunal Constitucional podrían ser considerados autores típicos de un delito de prevaricación en el supuesto caso de que se considerara que sus funciones corresponden a la Administración de Justicia, a pesar de no formar parte del poder judicial.

El Tribunal Constitucional se rige única y exclusivamente por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional y a la Constitución Española, pero el hecho de que las resoluciones dictadas por éste tengan efectos de cosa juzgada<sup>30</sup>, y que se encargue de proteger la constitucionalidad de las disposiciones normativas, hace que se plantee la posibilidad de incluir a los magistrados del Tribunal Constitucional dentro de los autores típicos recogidos en el delito de prevaricación judicial.

Sin embargo RAMOS TAPIA plantea otro punto de vista, pues defiende que para que los magistrados del Tribunal Constitucional fueran considerados autores típicos del

---

<sup>30</sup> Tasende Calvo, Julio. *Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2008. (LA LEY 40837/2008). Página 2.

delito de prevaricación de los artículos 446 CP y 447 CP, debería entenderse al delito de prevaricación como un delito perteneciente a la Administración de Justicia y que solo podría cometerse por los jueces y magistrados que ostentaran esa condición de garante defendida por JAKOBS, expuesta anteriormente.<sup>31</sup>

Además, como hemos dicho antes, el máximo intérprete de la Constitución Española es el Tribunal Constitucional, por lo que, en los supuestos en los que se planteara la prevaricación judicial de una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de una norma, para que el Tribunal Supremo pudiera enjuiciar a un Magistrado del Tribunal Constitucional, puesto que es el competente para hacerlo en casos de responsabilidad criminal de éstos, debería interpretar la Constitución también, hecho totalmente ilógico, pues el artículo 1 LO 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional, no tendría sentido, ya que se estaría contradiciendo el hecho de que el Tribunal Constitucional fuera el máximo intérprete de la Constitución.

En el supuesto que la sentencia del Tribunal Constitucional resolviera un recurso de amparo, que no tuviera efectos erga omnes, y tuviera una función similar a la de la jurisdicción ordinaria, que es la de proteger los derechos fundamentales del ciudadano, podría plantearse la posibilidad de que éstas sí que pudieran ser consideradas objeto del delito de prevaricación judicial.<sup>32</sup>

Según RAMOS TAPIA, la función que tiene el Tribunal Constitucional frente a la tutela de los derechos fundamentales, no es para nada equiparable a la función jurisdiccional que ejercen los Tribunales ordinarios, los cuales se ven sometidos únicamente al Derecho, puesto que el Tribunal Constitucional jamás podrá conocer de los recursos presentados ante la vía jurisdiccional ordinaria.

Tal y como establece PEREZ ROYO, “el recurso de amparo tiene naturaleza exclusivamente constitucional”, por lo que se dificulta mucho la posibilidad de someter a un control de prevaricación por parte del Tribunal Supremo.<sup>33</sup>

En conclusión, entendemos que correspondería al propio Tribunal Constitucional el poder revisar la nulidad de sus propias sentencias consideradas injustas, pues no hay ningún órgano mejor que éste para interpretar la Constitución Española.

---

<sup>31</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 178.

<sup>32</sup> López Jiménez, Raquel. *La legitimación pasiva en el delito de prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2005. (LA LEY 266/2005). Página 5.

<sup>33</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 182.

### 3.1.2.2 *El Tribunal de Cuentas*

El Tribunal de Cuentas es otro supuesto que plantea dudas de si éste puede ser incluido en el delito de prevaricación judicial ya que teniendo en cuenta el artículo 117 CE todo Tribunal tendrá potestad jurisdiccional y por tanto, el Tribunal de Cuentas estaría incluido en este grupo.

Además el artículo 136 CE atribuye al Tribunal de Cuentas la facultad de poder censurar las cuentas del Estado y del sector público, y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de Mayo, en su artículo 2, establece las funciones que debe desarrollar el Tribunal de Cuentas, lo cual plantea aún más dudas al respecto, pues si bien es cierto que la fiscalización externa no puede ser objeto del delito de prevaricación judicial, el enjuiciamiento de la responsabilidad contable, podría ser la materialización del ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte del Tribunal de Cuentas, y por tanto, quedar incluido en el delito de prevaricación.<sup>34</sup>

Asimismo el hecho de que nos encontremos ante procedimientos judiciales, pues así lo defiende el capítulo III de la LO 2/1982, conlleva que algunas de sus resoluciones puedan ser recurridas, en este caso en casación, por lo que será el Tribunal Supremo el encargado de resolver estos recursos, y por consiguiente, se entienda que la función del Tribunal de Cuentas sea jurisdiccional, pues es el mismo Tribunal Supremo el que supervisa y resuelve los recursos planteados.

Por último y más importante, el mismo Tribunal Constitucional en su STC 187/88<sup>35</sup> se ha pronunciado al respecto, defendiendo que “la LO 2/1982 califica al enjuiciamiento contable, utilizando la expresión contenida en el art. 136.2.2 CE, *de jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas*, atribuyéndole las notas de *necesaria e improrrogable, exclusiva y plena* (art. 17.1), al mismo tiempo que garantiza la independencia e inamovilidad de sus miembros disponiendo, en concordancia constitucional, que están sujetos a las mismas causas de incapacidad, incompatibilidad y prohibiciones fijadas para los jueces en la LOPJ”.

Es decir, el mismo Tribunal Constitucional, en la anterior sentencia, está dando a entender, que el Tribunal de Cuentas tiene una jurisdicción propia, y que a pesar de no pertenecer al Poder Judicial, al disponer de la potestad jurisdiccional, puede llegar a

---

<sup>34</sup> López Jiménez, Raquel. *La legitimación pasiva en el delito de prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2005. (LA LEY 266/2005). Página 5 y 6.

<sup>35</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 186.

vulnerar los derechos fundamentales de la tutela judicial efectiva, contemplados en el artículo 24 CE, siempre y cuando, esta vulneración se lleve a cabo en el ejercicio del enjuiciamiento contable.

Esta afirmación del Tribunal Constitucional da a entender que el Tribunal de Cuentas también puede ser un órgano que administre justicia.

Sin embargo, si nos fijamos en lo establecido por el artículo 446 CP, se habla únicamente de Jueces y Magistrados, por lo que los miembros del Tribunal de Cuentas, deben quedar excluidos del tipo objetivo, a pesar de que estos puedan administrar justicia y queden vinculados al Derecho y al principio de independencia.<sup>36</sup>

En relación al anterior argumento RAMOS TAPIA defiende que el artículo 446 CP debe ser interpretado de forma material, puesto que si se hiciera de modo formal, únicamente los Jueces y Magistrados podrían ser considerados autores típicos de un delito de prevaricación judicial, y dejaría a otros sujetos que ejercieran la función jurisdiccional fuera del alcance del delito de prevaricación judicial.<sup>37</sup>

No obstante, creemos que es imposible llegar a interpretar de forma material este precepto del artículo 446 CP ya que sería una demostración clara de vulneración al principio de legalidad, entendemos que no se pueden incluir sujetos que no estén expresamente tasados por ley, en este caso el Código Penal, y por consiguiente no se puede considerar que los miembros del Tribunal de Cuentas sean sujetos activos del tipo.

### 3.1.3 *El Ministerio Fiscal*

La mayoría de autores se refieren a este supuesto como un ejemplo de *lege ferenda*, es decir, un caso al que hace falta una promulgación de ley al respecto para poder solucionar el problema que se plantea.<sup>38</sup>

La propuesta de Anteproyecto del Código Penal de 1983 contemplaba la posibilidad de que un Ministerio Fiscal pudiera incurrir en un delito de prevaricación judicial, pues así se recogía en su artículo 444 “miembro del Ministerio Fiscal que, a sabiendas,

---

<sup>36</sup> López Jiménez, Raquel. *La legitimación pasiva en el delito de prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2005. (LA LEY 266/2005). Página 6.

<sup>37</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 184.

<sup>38</sup> López Jiménez, Raquel. *La legitimación pasiva en el delito de prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2005. (LA LEY 266/2005). Páginas 9 y 10.

formulare petición o dictamen injustos ante el órgano jurisdiccional y en proceso en que intervenga en el ejercicio de sus funciones”.<sup>39</sup>

Sin embargo, actualmente, el delito de prevaricación cometido por miembros del Ministerio Fiscal ha desaparecido del actual Código Penal de 1995, por lo que crea la duda de si se debería incluir a estos dentro del tipo recogido por el artículo 446 CP o por el 404 CP, referente a la prevaricación por funcionarios públicos, aunque sería poco probable encajarla dentro de éste, puesto que ni ejerce una función jurisdiccional, ni dicta resoluciones que puedan ser arbitrarias o contrarias al Derecho. Según OCTAVIO DE TOLEDO afirma que sería complicado incluir al Ministerio Fiscal dentro del ámbito genérico de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, puesto que además de lo dicho anteriormente, los informes, dictámenes y peticiones no se corresponden con la conducta típica de dictar resolución, negarse a juzgar o retardo malicioso de la justicia.<sup>40</sup>

Por último, se plantea la posibilidad de equiparar la responsabilidad por el delito de prevaricación del juez a la del Ministerio Fiscal, puesto que ambos están sujetos a los principios de legalidad e imparcialidad, y deben proteger los derechos de ambas partes.

Por regla general, según SANCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, el juez será el que decida sobre el asunto del litigio en último término, por lo que, la opinión del Ministerio Fiscal únicamente será tomada en cuenta, pero no tendrá carácter vinculante, por lo que no podría ser considerado el Ministerio Fiscal autor de un delito de prevaricación judicial, ni tan solo partícipe, aunque tenga que atenderse a los principios de legalidad e imparcialidad, y se demuestre que ha actuado incorrectamente, pues como hemos dicho, es el juez el que dicta la sentencia en última instancia, y por tanto es sobre el que recae toda la responsabilidad<sup>41</sup>.

Sin embargo, en casos especiales en los que se requiera de un consentimiento expreso por parte del Ministerio Fiscal para dictar una resolución judicial, sí que podría tenerse en cuenta su consentimiento a la hora de relacionarlo con la resolución injusta, pues así lo afirma TASENDE CALVO.

Por último, en relación a lo anterior, se plantea la aplicación del artículo 65.3 CP, que establece lo siguiente: “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la

---

<sup>39</sup> Tasende Calvo, Julio. *Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2008. (LA LEY 40837/2008). Página 4.

<sup>40</sup> Tasende Calvo, Julio. *Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2008. (LA LEY 40837/2008). Página 4.

<sup>41</sup> Tasende Calvo, Julio. *Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2008. (LA LEY 40837/2008). Página 4.

culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.”

Para poder aplicar este artículo hay que tener en cuenta dos cuestiones, la primera es referente a la potestad facultativa de la que dispone el Tribunal para poder rebajar la pena, y la segunda es sobre si se puede incluir la figura de un cómplice aunque no esté regulado expresamente.

La respuesta la encontramos en la STS 841/2013, de 18 de noviembre, que resuelve un caso sobre prevaricación judicial en Marbella, entre otros.

El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico vigesimosegundo de la anterior sentencia, dice lo siguiente “Es obvio el carácter potestativo de la atenuación, pero su no aplicación ha de ser absolutamente excepcional. El propio recurrente admite supuestos en que el extraño accede al dominio del hecho subrogándose en la posición del intraneus, mas, la parquedad del precepto no permitiría excluir hipótesis en que nos hallemos ante un comportamiento que merece el mismo grado de reprochabilidad, siempre que se justifique y fundamente por el Tribunal.” y “Pues bien, como quiera que ello ya se computa en el delito de prevaricación que se considera continuado y por tal se condena, no procederá equiparar la punición con el autor de este delito, debiendo rebajarse un grado en el castigo autónomo”.

En conclusión el Tribunal Supremo defiende que el artículo 65.3 CP podrá aplicarse de forma discrecional, siempre y cuando el Tribunal o Juzgado correspondiente así lo crea, y lo que es más sorprendente, se prevé la posibilidad de que exista un *extraneus* en el delito de prevaricación judicial, por lo que quizás el propio ministerio fiscal podría quedar recogido también, pero como hemos dicho anteriormente, es un caso muy discutido y que debe regularse expresamente.

#### 3.1.4 *El Tribunal Jurado*

El Tribunal Jurado es otro de los sujetos que podría ser considerado autor de un delito de prevaricación judicial, pues están sometidos a los mismos principios y las mismas expectativas que cualquier tribunal colegiado.

El Tribunal Jurado tiene su esencia en el artículo 125 CE pues el mismo artículo ya defiende que “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> López Jiménez, Raquel. *La legitimación pasiva en el delito de prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2005. (LA LEY 266/2005). Páginas 6 y 7.

Además, el artículo 19 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, establece que “Asimismo, podrán participar en la Administración de Justicia: mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine; en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales y en los demás casos previstos en esta Ley”.

Existe también una Ley Orgánica que desarrolla este organismo. La LO 5/1995 de 22 de Mayo del Tribunal Jurado se encarga de regular esta institución, puesto que el hecho de que pueda ejercer la potestad jurisdiccional requiere de una ley que desarrolle su ejercicio y organización, y por tanto, como es lógico, establezca también los límites correspondientes.

Sin embargo, ni en la Constitución ni en la LO 5/1995 de 22 de Mayo sobre el Tribunal Jurado, se hace referencia a la repercusión que tiene el hecho de dictar resoluciones injustas, por lo que podría parecer en un principio, que el acto de votación de un Tribunal Jurado que fuera injusto o contrario al Derecho, podría quedar impune.

El artículo 3.3 de la misma Ley Orgánica establece que “el Tribunal Jurado se debe someter a los principios de independencia, responsabilidad y sometimiento exclusivo a la Ley”<sup>43</sup>, en relación al artículo 117 CE, por lo que debe considerarse que todo aquél que dicte una resolución injusta, no acorde al Derecho, no está respetando estos principios a los que debe someterse y por tanto debería sancionarse. A pesar que la conducta referente a dictar una resolución injusta no se encuentra recogida en la LO 5/1995, en la Disposición Adicional Segunda se recogen una serie de comportamientos que pueden cometer los miembros de un Tribunal Jurado y por los que incurrirían en responsabilidad penal, por lo que se entiende, que los miembros de dicho Tribunal también pueden ser sancionados, no son impunes, pero lo que no queda demostrado en un primer momento, es que pueden ser responsables de un delito de prevaricación judicial, pues como hemos visto anteriormente, la Disposición Adicional Segunda que se encarga de numerar todas estas conductas susceptibles de ser castigadas, no recoge la acción de dictar resolución arbitraria.<sup>44</sup>

En cuanto al sujeto típico de la prevaricación judicial, debemos remitirnos al Código Penal, a sus artículos 446 y 447 CP, los cuales establecen que únicamente podrán ser los Jueces y Magistrados, sin embargo, como hemos visto anteriormente, muchos autores

---

<sup>43</sup> Álvarez García, Francisco y Pedreira González, Félix María. *La prevaricación judicial y el Tribunal del Jurado*. Editorial LA LEY. 2006. (LA LEY 289/2006). Páginas 1-5.

<sup>44</sup> Tasende Calvo, Julio. *Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2008. (LA LEY 40837/2008). Página 2.

plantean la posibilidad de interpretar este precepto con un criterio formal<sup>45</sup>, llegando a la conclusión de que debería considerarse que el autor típico del delito de prevaricación judicial es todo aquel que pueda administrar justicia y por tanto, tenga potestad jurisdiccional también, y que además las resoluciones de dicho sujeto puedan llegar a lesionar alguno de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 CE, referentes a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Jurado, no podría ser considerado por tanto un sujeto típico del delito de prevaricación judicial, pues no cumple todos los requisitos estipulados anteriormente, a pesar de que podamos asociarlo con la figura del magistrado, pues éste desarrolla su ejercicio en órganos colegiados, igual que el Tribunal Jurado.

Es un Tribunal que está formado por un Juez técnico y nueve Jueces legos, aquellos Jueces de hecho que necesitan de asesoramiento técnico antes de dictar un auto o una resolución.

A pesar de que estos nueve Jueces legos deben ser escogidos por sorteo, y que por tanto no tengan conocimientos jurídicos, no significa que no deban someterse a los principios establecidos en el artículo 3.3 LO 5/1995 y que puedan resolver de forma arbitraria un litigio.<sup>46</sup>

En relación con lo anterior, el artículo 61.1 LO 5/1995 establece que en el acta de votación debe hacerse referencia a todos aquellos hechos que hayan sido probados, y todos aquellos que no lo hayan sido, además de una motivación de la decisión del Tribunal Jurado, lo cual conlleva que dicho acto de votación estará sometido a un cierto control. Asimismo el artículo 741 LECrim establece que “la convicción sobre los hechos probados debe obtenerse como resultado de las pruebas practicadas en un juicio” por lo que si para el juez se exige dicha motivación, es lógico que para el caso del Tribunal Jurado ocurra lo mismo. Esto supone que en el caso que el presupuesto fáctico sobre el que tuviera la base la resolución del Tribunal Jurado, no se correspondiera con la convicción del mismo, dicha resolución debería ser considerada injusta.

Este acto de votación constituye la decisión final de todo el conjunto del jurado, la cual será definitiva y por tanto no se podrá modificar una vez asumida, excepto en aquellas ocasiones en las que el Magistrado Presidente del Jurado estime que es conveniente devolver el acto de votación, según lo establecido en el artículo 63.1 LO 5/1995,

---

<sup>45</sup> Álvarez García, Francisco y Pedreira González, Félix María. *La prevaricación judicial y el Tribunal del Jurado*. Editorial LA LEY. 2006. (LA LEY 289/2006). Páginas 1-5.

<sup>46</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 188.

también supone que el contenido establecido por el acto de votación por parte del Tribunal Jurado, deberá vincular al Magistrado Presidente, al menos en los apartados referentes a la imposición de pena o absolución y a los hechos probados.<sup>47</sup> Por lo tanto, esta decisión del Tribunal Jurado, pasaría a formar parte de la resolución final, dictada por el Magistrado Presidente, lo cual hace pensar que este acto de votación, podría ser en sí mismo, una resolución jurisdiccional.

No obstante esto, se podría relacionar el acta de votación con el tipo residual del delito de prevaricación judicial, contemplado en el artículo 446.3 CP, pues establece que se sancionará al juez o magistrado “cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas”. Sin embargo, la LOPJ es clara en este aspecto, solo pueden ser consideradas resoluciones jurisdiccionales las Providencias, los Autos y las Sentencias, pues así lo establece en su artículo 245 LOPJ.

En conclusión, el Tribunal Jurado, a pesar de no tener conocimientos jurídicos, como hemos dicho anteriormente, pues está formado por nueve jueces legos, debería poder incurrir en responsabilidad penal por el hecho de dictar una resolución arbitraria, injusta. Actualmente no existe ningún caso en el que se haya condenado a un Tribunal Jurado por un delito de prevaricación judicial, y tanto el Tribunal Supremo como la Doctrina, se muestran reacios a opinar sobre el tema. Por tanto, actualmente no podemos decir que los miembros del jurado pueden ser sujetos activos de un delito de prevaricación judicial, pues ni las actas de votación de éstos son consideradas resoluciones judiciales, ni aparecen de forma expresa en la regulación del tipo, regulado en los artículos 446 y 447 CP.<sup>48</sup>

Creemos por consiguiente, que se trata de un caso más de “lege ferenda”<sup>49</sup>, nos resulta incomprensible que se nos presente la posibilidad de que los miembros del jurado puedan decidir sobre el fondo de un asunto, a pesar de no ser una decisión vinculante, y sin embargo, quedar impunes al respecto, o como mucho, ser sancionados de una forma menos rigurosa de lo que sería un juez o magistrado.

---

<sup>47</sup> Álvarez García, Francisco y Pedreira González, Félix María. *La prevaricación judicial y el Tribunal del Jurado*. Editorial LA LEY. 2006. (LA LEY 289/2006). Páginas 1-5.

<sup>48</sup> Tasende Calvo, Julio. *Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2008. (LA LEY 40837/2008). Página 2.

<sup>49</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 204.

### 3.1.4.1 *El Magistrado-Presidente del Tribunal Jurado*

Como bien hemos dicho anteriormente, el Magistrado-Presidente del Tribunal Jurado, queda vinculado en ciertos aspectos a la decisión del Tribunal Jurado y a su acta de votación, en el momento de dictar sentencia, pues así lo recogen los artículos 4 y 67 LO 5/1995.<sup>50</sup>

Antiguamente, con la Ley del Jurado de 20 de Abril de 1888, se preveía el conocido “recurso de revista”, que estaba dirigido a impugnar el veredicto, el acto de votación del Tribunal Jurado, siempre y cuando otro Tribunal Jurado, de forma unánime, entendiera que la decisión impugnada del Tribunal Jurado era contra Derecho. Actualmente el recurso de revista no se regula en la LO 5/1995, por lo que únicamente se puede presentar un equivalente al recurso de reforma de la LO de 1988, que consiste en la devolución del acta de votación al Jurado, recogido en el artículo 63.1 de la LO 5/1995. Sin embargo, este recurso de reforma, solo puede presentarse en los supuestos contemplados por el mismo artículo, ya que en caso contrario, no se podría devolver el acta al Jurado.

Por tanto, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, si el Magistrado-Presidente del Jurado queda vinculado a la decisión del Jurado, la cual se considera arbitraria, y éste no puede devolver el acta ya que no reúne los requisitos del artículo 63.1 LO 5/1995, teniendo que dictar sentencia en base al acta de votación, ¿podría éste incurrir en responsabilidad criminal por un delito de prevaricación judicial, o únicamente debería sancionarse al Jurado?<sup>51</sup>

En relación con la Constitución queda claro que el Magistrado-Presidente nunca podrá quedar obligado a recoger en una sentencia dictada por el mismo un acto de votación del Jurado que considere contrario a Derecho, por lo que la única posibilidad que tiene el Magistrado-Presidente para no incurrir en responsabilidad criminal, es informar al Ministerio Fiscal.

En conclusión, el Magistrado-Presidente podrá devolver el acta de votación del Jurado siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 63.1 LO 5/1995, y en el supuesto caso de que entendiera que el acta de votación sigue siendo contraria al

---

<sup>50</sup> Álvarez García, Francisco y Pedreira González, Félix María. *La prevaricación judicial y el Tribunal del Jurado*. Editorial LA LEY. 2006. (LA LEY 289/2006). Páginas 1-5.

<sup>51</sup> Álvarez García, Francisco y Pedreira González, Félix María. *La prevaricación judicial y el Tribunal del Jurado*. Editorial LA LEY. 2006. (LA LEY 289/2006). Páginas 1-5.

Derecho, debería informar de los hechos al Ministerio Fiscal, para evitar dictar una sentencia injusta.

### 3.1.5 *El Árbitro*

El Arbitraje tiene un carácter equivalente al poder jurisdiccional, así lo defiende el Tribunal Constitucional<sup>52</sup>, pero sus decisiones solamente son apelables ante la jurisdicción ordinaria, y está regulado por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

El árbitro ejerce una función jurisdiccional pues dicta resolución con efectos de cosa juzgada, tal y como sucede con las resoluciones judiciales, así lo establece el artículo 43 LA.

Por tanto, si el laudo arbitral dictado por el árbitro puede ser injusto debido a la imparcialidad del árbitro, al igual que una resolución judicial, pero no estamos ante un procedimiento judicial, ¿deberíamos plantearnos la posibilidad de que el árbitro incurriera en responsabilidad criminal por la comisión de un delito de prevaricación administrativa, regulado en el 404 CP?

Para saber si se cumplen los requisitos necesarios<sup>53</sup> para incluir al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricación administrativa, hay que comprobar que se cumplen los elementos necesarios para ello. Según el artículo 24 CP, el árbitro podría ser considerado una autoridad a efectos penales, y además una autoridad que ejerce una jurisdicción propia<sup>54</sup>, pues dicta resolución resolviendo un litigio, la cual tendrá efectos de cosa juzgada.

Además el artículo 423 CP contempla la posibilidad de que se pueda imputar a un árbitro por delito de cohecho pues establece que “Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.”, por lo que se resulta aplicable el capítulo referente al cohecho, debería ser posible aplicar también el capítulo referente a la prevaricación administrativa.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> ATC 325/1993, de 28 de Octubre.

<sup>53</sup> Zabala López-Gómez, Carlos. *¿Es posible la prevaricación en el arbitraje?* Editorial LA LEY. 2011. (LA LEY 20362/2001). Páginas 1-10.

<sup>54</sup> 24.1 CP: “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia”.

<sup>55</sup> Zabala López-Gómez, Carlos. *¿Es posible la prevaricación en el arbitraje?* Editorial LA LEY. 2011. (LA LEY 20362/2001). Páginas 1-10.

En cuanto al requisito objetivo, el hecho de dictar una resolución arbitraria con dolo, se podría cumplir, pues solo haría falta emitir laudo arbitral de forma imparcial, por parte del árbitro.

Sin embargo, para que pudiera tratarse de prevaricación administrativa sería necesario que existiera un asunto administrativo, la cual cosa jamás ocurrirá en el procedimiento arbitral.

Con respecto al delito de prevaricación judicial, la problemática nace en el momento que nos encontramos con el uso de los términos “Juez y Magistrado” pues ocurre lo mismo que hemos mencionado anteriormente, para que los árbitros pudieran ser considerados como sujetos activos de un delito de prevaricación judicial sería necesario hacer una interpretación material del término “juez”, no sería posible considerar al árbitro un sujeto activo del delito si se interpretara con un criterio formal.<sup>56</sup>

Hay que partir de la idea de que se puede someter a arbitraje cualquier tipo de litigio siempre y cuando sea de libre disposición entre las partes.<sup>57</sup>

Existe parte de la doctrina española que considera que el árbitro jamás podrá incurrir en responsabilidad criminal por la comisión de un delito de prevaricación judicial porque el propio artículo 446 CP ya no los contempla, no se hace referencia a éstos de forma expresa, y por tanto, el incluirlos de forma voluntaria, supondría una vulneración al principio de legalidad, tal y como ocurría con el supuesto de los miembros del Tribunal de Cuentas.

Sin embargo, basándonos en la jurisprudencia del TC, en el ATC 326/1993, de 28 de octubre, que reconoce el carácter equivalente jurisdiccional del arbitraje, pues el propio TC defiende que “A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de iuris dictio , pues el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil” y además “Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas , por imperativo de la Ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles. Los órganos del Poder Judicial limitan su intervención a despachar la ejecución «por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias firmes” por

---

<sup>56</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 162.

<sup>57</sup> Zabala López-Gómez, Carlos. *¿Es posible la prevaricación en el arbitraje?* Editorial LA LEY. 2011. (LA LEY 20362/2001). Páginas 1-10.

lo que podemos afirmar que la única diferencia que existe entre un juez y un árbitro es que el árbitro no puede hacer ejecutar los laudos, debe recurrir a la jurisdicción ordinaria para hacer ejecutar lo dictado y que sus resoluciones no son consideradas jurisdiccionales porque el artículo 245 LOPJ, no contempla a los laudos arbitrales. Esta afirmación se ve confirmada por la STC 9/2005, de 17 de Enero.

Existen autores que entienden que la interpretación del término juez y magistrado es demasiado extensiva y que vulnera el principio de legalidad, pues para que un delito pueda ser condenado debe estar tasado, y en este caso los árbitros no aparecen regulados como sujetos activos del delito de prevaricación judicial y por tanto no podrían ser contemplados como tal.<sup>58</sup>

Partiendo de lo expuesto anteriormente, debido a que entendemos que esta interpretación material sobrepasa los límites establecidos por el principio de legalidad, por lo que no podemos afirmar que el árbitro sea un sujeto activo del delito de prevaricación judicial, ocurre lo mismo que en el caso de los miembros del Tribunal de Cuentas.

Con respecto al laudo arbitral, habría que plantearse la posibilidad de que se pudiera considerar a éste como una resolución o auto contemplado en el tipo residual del artículo 446 CP.

En definitiva, entendemos que un árbitro jamás podrá incurrir en responsabilidad penal por un delito de prevaricación judicial, ni tampoco por un delito de prevaricación administrativa, como hemos visto anteriormente, no se cumple ni el tipo objetivo, en tanto que el árbitro no es un sujeto activo tasado por el CP en cuanto al delito de prevaricación, y que los laudos arbitrales no son resoluciones jurisdiccionales. Sin embargo, entendemos que se trata de otro supuesto de “*lege ferenda*”, pues basándonos en la jurisprudencia del TC, que entiende que el árbitro tiene una función jurisdiccional equivalente a la de la jurisdicción ordinaria y una naturaleza muy similar, es un hecho que el laudo produce los mismos efectos jurisdiccionales, y teniendo en cuenta que el propio TC ya reconoce la equivalencia jurisdiccional del arbitraje con la jurisdicción ordinaria, podríamos decir que a pesar de que el laudo arbitral no sea estimado como resolución judicial, debería ser considerada como tal e incluido en el tipo residual pues tanto el laudo arbitral como la resolución judicial tienen efectos *erga omnes*, y ambos

---

<sup>58</sup> Zabala López-Gómez, Carlos. *¿Es posible la prevaricación en el arbitraje?* Editorial LA LEY. 2011. (LA LEY 20362/2001). Páginas 1-10.

resuelven litigios, siempre y cuando las partes decidan someterse a un procedimiento arbitral y éstas gocen de libertad para hacerlo.

### 3.2 *La conducta típica y la comisión por omisión*

El artículo 446 CP establece que “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado” y el 447 CP “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta”.

No debe interpretarse el término “dictar” en su uso más vulgar (recitar algo para que una persona pueda seguir el hilo y vaya escribiendo).<sup>59</sup>

RAMOS TAPIA afirma que “es posible distinguir, de una parte el procedimiento de formación de la voluntad del juez, en el cual se produce la infracción del deber de vinculación exclusiva al Derecho, y la plasmación de esa voluntad en una resolución que efectivamente resulte contraria al ordenamiento jurídico”<sup>60</sup> por lo que “en el caso de la prevaricación judicial, la expresión dictar una resolución no alude a un actuar positivo del que se deriva causalmente una resolución injusta sino a la resolución injusta de un asunto jurídico imputable a la conducta del juez y tal resolución injusta le será imputable tanto si efectivamente la ha creado directamente con su actuación positiva como si, ocupando una posición de garante respecto a ese asunto jurídico, no ha evitado que se resuelva injustamente”<sup>61</sup>

Según PREDREIRA GONZÁLEZ<sup>62</sup> la solución a este problema se encontraría en el artículo 11 CP el cual establece que “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

---

<sup>59</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 88.

<sup>60</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 370.

<sup>61</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 370.

<sup>62</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 89.

Sin embargo existe un dilema a la hora de interpretar el significado del término “resultado”, ya que la doctrina considera que se pueden admitir cuatro interpretaciones del mismo:

- Según ACALE SÁNCHEZ se debe entender por resultado todo el mundo exterior, es decir, la exteriorización de los pensamientos, ya que por el simple hecho de pensar algo no se nos puede castigar, pero la materialización de éstos en el mundo real sí que podría repercutir en una sanción.
- En segundo lugar, se entiende por resultado toda realización de los elementos típicos, por lo que el resultado natural pasa a ser normativizado.<sup>63</sup> Según este pensamiento todos los delitos deberían entenderse como delitos de resultado y por tanto, el propio resultado pasaría a ser un elemento esencial del delito de prevaricación judicial.
- En tercer lugar, se entiende por resultado toda lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, conocido también por “el desvalor del resultado”.<sup>64</sup> De nuevo, este pensamiento configura el resultado como elemento esencial del delito, por lo que todo resultado conllevaría una lesión del bien jurídico.
- Por último, se cree que el resultado es el efecto separable de la propia acción u omisión que lo ha provocado, tanto de forma temporal como espacial. Por ejemplo, en el supuesto caso que “X” lanzara una piedra a “Z” e impactara en su cabeza, provocando serias heridas y causando su muerte, diríamos que el acto de lanzar una piedra sería la acción mientras que el resultado sería la muerte de “Z”. En este supuesto el resultado ya no se configura como elemento esencial del delito, tiene más bien naturaleza accesorio.<sup>65</sup>

A partir de este último criterio nace la distinción entre los delitos de mera actividad y los delitos de resultado.

Entendemos entonces, que el delito de prevaricación judicial se identifica con el último pensamiento, pues se debe partir de la restricción de este que conlleva la separación de la acción del resultado. Los delitos de mera actividad son aquellos en los que el tipo injusto se agota en la acción u omisión sin necesidad de producción

---

<sup>63</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 91.

<sup>64</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 91.

<sup>65</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 92.

de un resultado, sin embargo, en caso de delitos de resultado, se requiere además de la producción de un resultado.<sup>66</sup>

En conclusión el delito de prevaricación judicial quedaría integrado dentro de los delitos de mera actividad ya que el tipo injusto se agota en el momento de dictar una resolución, ya produzca un hecho dañoso o no, y que no cabría la comisión por omisión, puesto que no puede darse el supuesto en que exista un resultado separable que se pueda imputar al garante, además de que los supuestos de comportamientos omisivos se encuentran contemplados en el artículo 449 CP.<sup>67</sup>

### 3.3 *Las resoluciones incluidas en el tipo de la prevaricación judicial*

#### 3.3.1 *La naturaleza jurisdiccional de las resoluciones*

El delito de prevaricación judicial tiene como objeto de protección únicamente aquellas resoluciones dictadas por los jueces que tengan naturaleza jurisdiccional, por lo que todas aquellas que no la tengan, quedarán fuera de la protección del delito de prevaricación judicial.<sup>68</sup>

A pesar de que el propio artículo 446 CP en su apartado tercero haga referencia a todo tipo de resoluciones dictadas por Jueces y Magistrados, no cabe incluir aquellas que no tengan naturaleza jurisdiccional.

El problema nace en el momento en el que se debe determinar qué resoluciones tienen carácter jurisdiccional y cuáles no, a pesar de haber sido dictadas por Jueces y Magistrados también.

En relación con la Ley Orgánica del Poder Judicial, el artículo 245 establece que las resoluciones con carácter jurisdiccional serán las siguientes: Las Providencias, los Autos y las Sentencias, por lo que únicamente estos tres tipos de resoluciones tendrían carácter jurisdiccional siempre y cuando hubieran sido dictadas por un Juez o Magistrado de un órgano jurisdiccional, pues así lo establece la LOPJ.

Sin embargo, hay otro problema añadido, pues si nos basamos en una interpretación formal alguna de estas resoluciones con carácter jurisdiccional podría quedar excluida.

---

<sup>66</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 93.

<sup>67</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 373.

<sup>68</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 216.

### 3.3.1.1 Resoluciones dictadas en la sede de órganos administrativos

Se ha planteado en muchas ocasiones la posibilidad de que una resolución dictada por un Juez o Magistrado, en un órgano administrativo, pueda ser la causa de un delito de prevaricación judicial, pues como hemos dicho anteriormente, el artículo 446.3 CP, no hace referencia al criterio necesario de la naturaleza jurisdiccional de la resolución.

Sin embargo, el hecho de que un Juez o Magistrado dicte una resolución en la sede de un órgano administrativo, no conlleva que esta resolución tenga carácter jurisdiccional, pues la naturaleza del órgano en cuestión es contencioso-administrativa,<sup>69</sup> por lo que en cualquier caso podría incurrirse en un delito de prevaricación administrativa, pero nunca en un delito de prevaricación judicial.

En conclusión podemos afirmar que el Código Penal español ha regulado de forma correcta tanto la prevaricación judicial como la administrativa, distinguiendo el hecho de dictar una resolución injusta en la administración de justicia y el hecho resolver por sentencia una cuestión administrativa.<sup>70</sup>

### 3.3.1.2 Las Providencias

Durante el transcurso de la codificación penal española, tanto las providencias como los autos injustos, no siempre se han visto recogidos por los diferentes cuerpos legales españoles e incluidos en el delito de prevaricación judicial. Por ejemplo, el CP de 1822 sancionaba las providencias que eran contrarias al Derecho, pero sin embargo, el CP de 1848 únicamente sancionaba las sentencias definitivas, por lo que autos y providencias injustos quedaban excluidos, de nuevo, el CP de 1870 volvió a incluirlas, y el CP de 1928 incluyó una sanción expresa para todas aquellas providencias y autos injustos.<sup>71</sup>

Tal y como establece RAMOS TAPIA, “la exclusión de la posibilidad de castigar las resoluciones injustas con forma de providencia fue criticada en la doctrina”.<sup>72</sup>

Muchos autores han criticado el hecho de no incluir las providencias dentro del delito de prevaricación judicial, pues consideran que no hay que atenderse al tipo de resolución sino al contenido de éstas. Se suma a esta afirmación el TS que en el año 1983, dictó sentencia sancionando a un juez por haber dictado un Auto a sabiendas injusto, pues

---

<sup>69</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 219.

<sup>70</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 221.

<sup>71</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 222.

<sup>72</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 222.

consideraba que “para la calificación de las resoluciones judiciales hay que atenerse, no al nombre con que las designe el que las dicte, sino al contenido”.

Con el actual CP 1995, cabe preguntarse si puede incluirse a los autos y a las providencias dentro del término resolución judicial.

Hay que destacar que las Providencias no se encargan de resolver de conflicto ni cuestiones incidentales por lo que difícilmente se puede dar un caso de arbitrariedad o injusticia, pues el juez o magistrado no está decidiendo sobre el objeto del litigio sino que únicamente está acelerando el proceso judicial, está dando continuidad, por lo que, podemos deducir que no sería posible incurrir en responsabilidad criminal por la comisión de un delito de prevaricación judicial por haber dictado una Providencia, siempre y cuando esta Providencia tenga por objeto dar continuidad al proceso. En el supuesto caso de que esta Providencia tuviera como finalidad resolver parte del objeto del litigio, podría ser incluida dentro del delito de prevaricación judicial, pues en ese caso, sería incorrecto no incluir esta resolución dentro del delito de prevaricación judicial, ya que realmente no estaríamos ante una Providencia, a pesar de haber recibido tal calificación, pues su naturaleza sería la de un Auto.<sup>73</sup>

### 3.3.2 *Resoluciones contra el reo por causa criminal del artículo 446.1 CP*

“Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave 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.”

Las resoluciones dictadas en contra del reo por causa criminal son incluidas en un subtipo agravado del delito de prevaricación judicial, contemplado en el artículo 446 CP, en su apartado primero. Para que la resolución pueda ser incluida dentro del tipo agravado debe ser siempre en contra del reo, pues en el supuesto caso de que la resolución fuera a favor de éste, aun cuando fuera por causa criminal, esta resolución se vería incluida dentro del tipo residual de prevaricación judicial. La expresión “en contra del reo” tiene su origen en el CP de 1848, cuando se equiparaba ésta a la condena de un inocente. Para FERRER SAMA la expresión “en contra del reo” no significa

---

<sup>73</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 225.

necesariamente que la sentencia sea condenatoria, sino que dicha injusticia sea perjudicial para el reo o no.<sup>74</sup>

Actualmente, se cree que para que se de este subtipo de prevaricación judicial agravado es necesario que además de que la sentencia sea injusta, deba resultar en un trato perjudicial para enjuiciado, ya sea en cuanto a los elementos que originen la responsabilidad, como los accidentales.

El único argumento que defiende la agravación del tipo es la posible infracción del principio de inocencia por parte del Juez o Magistrado que se encargue de juzgar el procedimiento<sup>75</sup>.

Además, existe una diferenciación, pues no se aplica la misma pena para aquellas sentencias ejecutadas que para las que aún no se han ejecutado. Para entender por qué el legislador remarca esta distinción, es necesario remontarse a los códigos penales españoles anteriores. Como bien hemos visto anteriormente, los primeros Códigos Penales españoles acostumbraban a castigar la prevaricación judicial con la pena talional, aplicar la misma pena al juez que la que se hubiera dictado en la sentencia, siempre y cuando ésta se hubiera ejecutado, pues en caso contrario, solo se le inhabilitaba. Esto es así porque se entiende que en el momento que el juez prevarica y la sentencia se ejecuta, está dañando a tanto a la Administración de Justicia, por infringir el deber del cargo que ocupa como juez, como al sujeto en cuestión, pues está causando un perjuicio a éste.

El actual Código Penal de 1995 en lugar de aplicar la pena talional, sanciona a los jueces o magistrados prevaricadores por haber dictado una sentencia injusta con la pena de prisión de uno a cuatro años, en caso de que no hubiera llegado a ejecutarse, y con la pena en su mitad superior y una multa de doce a veinticuatro meses, si ésta se hubiera ejecutado. Además, en ambos casos se impone una inhabilitación absoluta de diez a veinte años.

### 3.3.3 *Resoluciones contra el reo en juicio por delitos leves del artículo 446.2 CP*

“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 delito leve”.

---

<sup>74</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 238.

<sup>75</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 238.

Esta es una cuestión muy criticada por gran parte de la doctrina puesto que en un principio el hecho de dictar resoluciones contra el reo en juicio por delitos leves, contemplado en el artículo 446.2 CP, no se contempla como un tipo privilegiado, a pesar de que las penas previstas en este apartado son más atenuadas que las del tipo agravado, 446.1 CP, y del tipo residual, 446.3 CP.

Podría llegarse a entender que fuera un tipo menos grave que el hecho de dictar una sentencia en contra del reo en causa criminal por delito grave, pero no es lógico que sea menos grave también que el tipo residual regulado en el 446.3 CP, pues en este caso, la conducta de dictar una resolución injusta en juicio civil verbal, sería más grave que la propia conducta de dictar una sentencia contra el reo en juicio por delitos leves. No existe ningún argumento a favor para defender que exista esta atenuación en la pena.

Por último, y más importante tenemos que las sentencias a favor del reo en un juicio de delitos leves pueden ser incluidas en el tipo residual del 446.3 CP, pues se hace referencia a “cualquier otra sentencia o resolución injusta”, y por tanto, se está vulnerando el principio de proporcionalidad, pues en un mismo juicio por delitos leves, se es más exigente con los jueces y magistrados que dictan una sentencia a favor del reo, se les castiga con una pena de inhabilitación de diez a veinte años y una multa de doce a veinticuatro meses, regulada en el apartado tercero del artículo 446 CP, que con los jueces y magistrados que dictan una sentencia en contra del reo en un juicio de delitos leves, pues solo se les castiga con inhabilitación de seis a diez años y multa de seis a doce meses. Incluso los Autos que se dictaran en el supuesto juicio de delitos leves, sería castigado con una pena más dura que la propia sentencia del mismo proceso, si fuera en contra del reo, pues se aplicaría el 446.3 CP.

#### *3.3.4 Resoluciones residuales del artículo 446.3 CP*

“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 apartado tercero del artículo 446 CP se encarga de recoger todas las posibles resoluciones injustas, es por eso que se dice que este apartado regula el tipo residual del delito de prevaricación judicial, es decir, quedarán incluidas en este apartado todas aquellas resoluciones con naturaleza jurisdiccional, que no puedan ser englobadas

dentro del tipo agravado del apartado primero del mismo artículo, o del juicio de delitos leves, del apartado segundo.<sup>76</sup>

### 3.4 *La injusticia y arbitrariedad de la resolución*

La injusticia de la resolución dictada es un requisito para que se dé la conducta típica regulada en el 446 CP.

En un primer momento debería entenderse por injusta toda resolución que lesionara un bien jurídico protegido por el delito de prevaricación judicial, sin embargo, el legislador de 1995, no ha aclarado de forma expresa lo que debe entenderse por el término “injusta”, por lo que éste queda libre de interpretaciones, la cual cosa compromete al principio de legalidad, pues la ley en este sentido es clara, sin embargo, las interpretaciones al respecto no.

#### 3.4.1 *Interpretación de las normas*

Hay que partir de la idea de que el trabajo del juez se basa en que éste debe interpretar la ley, y escoger cual es el mejor contenido a aplicar.

Entendemos también que el principio de legalidad no se vería lesionado siempre y cuando el sujeto que dictara la resolución en cuestión se basara en la racionalidad a la hora de motivar y argumentar su decisión. Se justifica esta interpretación en el momento en que el juez opina que existe un grupo de soluciones posibles aplicables al caso y entiende que debe utilizar su razón para escoger la más adecuada para el supuesto en cuestión.

Sin embargo debemos saber también que existe un número máximo de interpretaciones posibles, y por lo tanto, todo lo que quede fuera de este grupo, deberá entenderse que vulnera el principio de potestad jurisdiccional en relación al deber de motivación de las resoluciones por parte de los juzgadores, contemplado en el artículo 120.3 CE.<sup>77</sup>

En conclusión, que antes de entrar a valorar si una resolución es susceptible de ser calificada como injusta es necesario comprobar si los métodos de interpretación llevados a cabo por el juzgador son los correctos, la cual cosa conlleva que exista un mayor número de casos en los que el juez o magistrado se ve cuestionado y debe justificar su resolución, comprometiéndolo su deber de imparcialidad e independencia.

---

<sup>76</sup> Quintero Olivares, Gonzalo and Morales Prats, Fermín, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Cizur Menor, Navarra : Thomson Aranzadi. 2011. Página 2138.

<sup>77</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 256.

### 3.4.2 *La interpretación de la Constitución*

Con relación a lo anterior, hay que tener claro que la interpretación del juez debe basarse siempre en un primer lugar conforme a la Constitución Española, respetando el principio de jerarquía normativa, y sometándose por tanto al imperio de la ley regulado en el artículo 117.1 CE.

El hecho de que el juez deba siempre llegar a una conclusión respecto a qué solución aplicar basándose en un primer lugar en la Constitución Española, conlleva que esa interpretación se haga en base a los valores constitucionales y por tanto, la resolución del caso debería respetar los valores y principios constitucionales.

### 3.4.3 *El libre enjuiciamiento del juez y el deber de imparcialidad*

El libre enjuiciamiento del juez se da en aquellos casos en los que el juzgador debe concretar de una forma concreta una determinada pauta legal la cual no viene determinada en la ley pues está vacía en cuanto al contenido, no se expresa de forma concreta cual debería ser su fondo.

Por ejemplo, el juez o magistrado recurren al libre enjuiciamiento cuando se encuentran con un término como “especial gravedad, grave situación económica”, pues como hemos dicho anteriormente, se requiere de su interpretación para dotar a esta pauta legal de un contenido adecuado.

Derivado de la obligación de resolver el caso, el juez se ve presionado para enjuiciar el supuesto de alguna manera, pero siempre de una forma justa, la cual cosa conlleva que se plantee él mismo si está interpretando de forma correcta o incorrecta, y genere una presión a la hora de valorar. Esta presión generada en el juzgador podríamos entender que podría afectar al principio de imparcialidad e independencia del juez, pues se ve presionado e influenciado a la hora de dictar resolución, ya que está más pendiente de respetar la justicia que de valorar como realmente quiere y basándose en sus criterios oportunos.

Por tanto en el momento en que el juez puede escoger entre dos opciones defendibles, escogerá siempre la que más se adapte al caso en cuestión, pero siempre guiándose por su intuición.

Sin embargo, nunca serán legítimas las opciones motivadas por intereses ajenos a la justicia del caso.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 261.

#### 3.4.4 *La interpretación del término injusta*

Existen tres teorías que se pueden usar para interpretar el carácter del término “injusta”, la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría de los deberes.

##### 3.4.4.1 *La teoría subjetiva*

Es una teoría en la que se apoya la doctrina alemana, la española no la defiende en absoluto.

Esta teoría se basa en la contrariedad entre la resolución y la convicción del juez. Es un requisito necesario que la resolución vaya en contra de la convicción del juez para que exista un delito de prevaricación judicial, sin embargo, no es necesario que vaya contra el Ordenamiento Jurídico.

Por tanto, existirá delito de prevaricación judicial cuando el juez dicte a favor del Ordenamiento Jurídico pero en contra de su convicción, y por otro lado, no existirá cuando el juez dicte en contra de su convicción pero a favor del Ordenamiento Jurídico.<sup>79</sup>

Hay que destacar que la doctrina alemana se basa fundamentalmente en la Alemania Nazi, por lo actualmente no encaja en un Estado social y democrático de Derecho debido a los siguientes motivos<sup>80</sup>:

- La quiebra de la seguridad jurídica<sup>81</sup>, pues resulta casi imposible predecir la respuesta que dará el juez a un determinado supuesto o litigio ya que puede apartarse por completo de lo expuesto por el Ordenamiento Jurídico.
- La ruptura del principio de igualdad<sup>82</sup>, ya que en función de quien resuelve el caso se puede dar una solución u otra, ya que el juzgador podrá aplicar el Ordenamiento Jurídico según su convicción le diga, guiándose por su intuición, y por tanto, un hecho idéntico puede derivar en varias soluciones muy diferentes.

---

<sup>79</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 280.

<sup>80</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 283.

<sup>81</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 103.

<sup>82</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 103.

- Abandono del principio de legalidad<sup>83</sup>, y en relación a éste, la incompatibilidad de esta teoría con el principio de sumisión al imperio de la ley. Resulta imposible justificar que la convicción del juez pueda ser superior jerárquicamente a la propia ley en base al principio de sumisión al imperio de la ley y al de legalidad, son dos conceptos totalmente contradictorios.

En el Estado español sin embargo, entendemos que en base al principio de jerarquía normativa se posibilita de emanación de la justicia por parte del pueblo. Además, el Código Penal español, en sus artículos 4.2 y 4.3 CP ya establece que la solución legal siempre prima por encima de la propia convicción del juez.<sup>84</sup>

#### 3.4.4.2 *La teoría objetiva*

En contraposición a la teoría subjetiva, la teoría objetiva se basa en una valoración de la contradicción objetiva con el Derecho, es decir, que existirá delito de prevaricación judicial cuando la decisión del juzgador sea contradictoria al Ordenamiento Jurídico. En el caso de que la decisión del juez sea contraria a su convicción pero acorde al Ordenamiento Jurídico, no estaremos ante delito de prevaricación judicial, a diferencia de la teoría subjetiva.

La mayoría de la doctrina española opta por la teoría objetiva ya que contempla la posibilidad de prevaricación judicial en modalidad culposa, imprudente.

Esta teoría defiende que en toda decisión injusta existe un quebrantamiento de ley<sup>85</sup>, pero no siempre resulta en un delito de prevaricación judicial, pues por ejemplo, en los casos de presentación de recursos, en el momento que son admitidos por los órganos judiciales superiores y éstos dictan sentencia anulando la del tribunal inferior, se entiende que éstas serían injustas, pero no se incurriría en responsabilidad criminal por un delito de prevaricación judicial, pues no se puede decir que siempre que el órgano superior hace una interpretación diferente de la ley se da el tipo objetivo de la prevaricación, y como consecuencia, solo haría falta comprobar el requisito del tipo subjetivo.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 103.

<sup>84</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 105.

<sup>85</sup> Quintero Olivares, Gonzalo and Morales Prats, Fermín, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Cizur Menor, Navarra : Thomson Aranzadi. 2011. Página 2131

<sup>86</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 115.

Incluso el Tribunal Supremo se ha manifestado en este aspecto “De esta manera la Sala ha subrayado la importancia del elemento objetivo del delito de prevaricación y ha excluido, paralelamente, interpretaciones basadas en la llamada teoría subjetiva, que caracteriza la injusticia sólo como una actitud subjetiva del juez al aplicar el derecho, postulando la tipicidad de la conducta del juez o funcionario que dicte sentencia o resolución contra su convicción jurídica, aunque la sentencia o resolución resulte objetivamente compatible con las normas aplicadas.”<sup>87</sup>

Con motivo añadido a lo anterior, si toda sentencia anulada resultara en un delito de prevaricación judicial, los jueces se limitarían a defender las interpretaciones hechas por los superiores jerárquicos en lugar de guiarse por su propia convicción y la ley.

Tenemos que destacar la importancia que supone el principio de independencia judicial<sup>88</sup>, el cual se vería limitado en caso de que existiera esa vinculación a la interpretación de los órganos superiores.

Por tanto, el hecho de que los jueces y magistrados no se vean vinculados a las interpretaciones de los tribunales superiores y puedan decidir por sí mismos a qué conclusión llegar y qué decisión escoger, garantiza que se pueda llegar a una interpretación acorde a la convicción de éstos, y que no se vean presionados a la hora de dictar una resolución u otra por miedo a que ésta pueda resultar injusta e incurra en responsabilidad criminal por delito de prevaricación judicial.

En conclusión, el delito de prevaricación judicial solo opera en aquellos casos en los que la decisión de los juzgadores opera fuera de los límites contemplados por el propio Ordenamiento Jurídico.

Por último cabe añadir que existe alguna que otra crítica a esta teoría, sobretodo en el ámbito de normas multívocas<sup>89</sup>, que son aquellas normas que tienen más de una interpretación posible, pues en éstas sí que se puede dar el delito de prevaricación judicial si el juez no dicta la resolución que según su convicción le parezca más correcta, a pesar, incluso, de que la sentencia fuera admisible en Derecho.

#### 3.4.4.3 *La teoría de los deberes*

Esta teoría está desarrollada y defendida por RUDOLPHI, quien tiene un punto de vista distinto a la hora de determinar la injusticia de una resolución. Cree que ésta no puede

---

<sup>87</sup> ATS 19 de octubre 2010.

<sup>88</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 116

<sup>89</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 117.

determinarse a partir de la contradicción con la subjetiva consciencia del juez ni con el Derecho como una dimensión objetiva.

Además entiende que la teoría objetiva no puede defenderse mientras exista prevaricación judicial aún y cuando la decisión del juez sea defendible.

Opina que el juez comete un delito de prevaricación judicial cuando “no aplica el Derecho conforme a su convicción, obtenida siempre acorde a las reglas procesales y los demás métodos de interpretación”<sup>90</sup>.

Por tanto, el criterio a seguir es el deber del juez de decidir sobre cuál sería el Derecho aplicable al supuesto caso, deber que está recogido en la Constitución, en el artículo 117.1 CE.

En cuanto a la doctrina española, RAMOS TAPIA defiende esta teoría pues considera que es la teoría que permite interpretar de una forma más correcta, pues las otras dos no se ciñen únicamente en el Derecho, no existe un sometimiento exclusivo a éste.

RAMOS TAPIA entiende que si el propio juez sigue los métodos de interpretación y aplicación del Derecho, sería ilógico obtener una solución y dictar una resolución contraria a Derecho.

No es menos importante que con la teoría de los deberes se prevé la posibilidad de cometer prevaricación judicial en modalidad imprudente, ya que éste podría argumentar que infringió los deberes de protección del Derecho de forma imprudente.<sup>91</sup>

Sin embargo, CUELLO CONTRERAS considera que mediante la teoría de deberes se llega a las mismas conclusiones que la teoría objetiva y que no resuelve nada que no pueda resolver ésta, ya que siguen el mismo procedimiento de adecuación, o no, de la decisión del juez al derecho objetivo.<sup>92</sup>

#### 3.4.4.4 *La injusticia de la resolución según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

Hay que partir de la idea de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de prevaricación judicial es muy escasa, y aún más en casos de sentencias condenatorias.

Normalmente el Tribunal Supremo entiende que una resolución es injusta cuando la decisión no es defendible en Derecho.

---

<sup>90</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 117.

<sup>91</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 317.

<sup>92</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 119.

Durante el siglo XX, el Tribunal Supremo, a pesar de la escasa jurisprudencia que existe, afirma en su STS de 3 mayo 1986 que “El Tribunal Supremo, a lo largo de una jurisprudencia copiosa, ha venido señalando, respecto al elemento objetivo de la prevaricación, que una resolución es injusta cuando sea contraria a la Ley manifiestamente (Sentencia de 9 de marzo de 1910), patentemente -Sentencias de 19 de Febrero de 1891 y 17 de Junio de 1950 ( RJ 1950\970)-, o cuando produzca lesión del Derecho (Sentencia de 8 de Julio de 1916), ya que el mero error en la aplicación de las leyes no es base de responsabilidad para el que incurre en él, a menos que sea de tal naturaleza que envuelva una injusticia de aquellas que no puedan explicarse por una interpretación razonable de la ley y resulte de un modo claro e indiscutible la violación de un precepto legal (Sentencias de 25 de Enero de 1911 y 31 de Enero de 1914) y también cuando los términos precisos y categóricos en que se halle redactado un precepto excluyan toda posibilidad de equivocada interpretación (Sentencia de 9 de Marzo de 1910), con lo que ha venido a sentar la doctrina de que, de conformidad con la ley, no existe injusticia alguna en sentido legal.”

Ya en pleno siglo XXI, en sus SSTS 15 de octubre de 1999, 2338/2001 de 11 de diciembre, 359/2002 de 26 de febrero y 102/2009 de 3 de febrero, basándose en la sentencia anterior, el Tribunal Supremo defiende que “por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en su STS 2338/2001, añade un criterio más, pues entiende que incluso la resolución que se aparte de la doctrina del Tribunal Supremo, puede llegar a ser calificada como injusta: “Lo que no resulta admisible es, con apartamiento de la consolidada doctrina jurisprudencial existente sobre el valor de la misma, introducir gratuitamente una duda sobre si la presentación de la querella tiene o no tal efecto [...]. La conclusión de todo el examen realizado en esta sede casacional es que, en efecto, el auto considerado prevaricador en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, calificado como injusto en el sentido objetivo del término al que antes nos hemos referido, responde efectivamente a tal calificación a los efectos del artículo 446 del Código Penal”<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> STS 2338/2001 (Sala de lo Penal), 11 de Diciembre (recurso 1792/2002)

## CAPÍTULO IV

### 4 Tipo subjetivo de la prevaricación judicial dolosa

El artículo 446 CP regula la prevaricación judicial dolosa de la siguiente forma:

“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 el reo en causa criminal por delito grave o menos grave 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 delito leve.
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.”

Antiguamente se requería que el juez actuara influenciado por móviles ajenos a la justicia para justificar que existía injusticia en una de sus resoluciones<sup>94</sup>, incluso en mismo Tribunal Supremo se adhiere a esta postura, pues el 16 de mayo de 1910, dicta sentencia afirmando que “no puede afirmarse que las resoluciones dictadas por un juez que no tengan apoyo legal sean injustas ya que no hay constancia de que haya influencia de móviles terceros”<sup>95</sup>.

Siguiendo la afirmación del propio Tribunal Supremo, BENEYTEZ MERINO declara que “existe prevaricación dolosa cuando el juez tiene conciencia de que viola el Derecho y la desviación está motivada por circunstancias *espúreas*, como, por ejemplo, la amistad con alguna de las partes”<sup>96</sup>.

Sin embargo, actualmente, no es necesario probar que concurren móviles ajenos al Derecho, pues el único requisito que hay que cumplir es que existe un conocimiento por parte del juez, basándonos en el Tribunal Supremo, el cual condenó a un juez por dictar,

---

<sup>94</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 377.

<sup>95</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 378.

<sup>96</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 378.

unos autos de prisión provisional calificados como injustos, defendiendo que existía un delito de prevaricación porque “cualesquiera que fueran sus motivos, hubo un comportamiento arbitrario, absolutamente injustificado”<sup>97</sup>, y otra sentencia sobre un procedimiento diferente en la que expone que “todos estos datos y declaraciones actúan como claros indicadores que refuerzan y consolidan la clara intencionalidad del recurrente, y en definitiva la conciencia y voluntad de éste al dictar el auto prevaricador, con independencia de la concurrencia o no de móvil, pues el móvil que induce a un actuar delictivo, no forma parte del tipo penal”<sup>98</sup>.

En cuanto a la exigibilidad del ánimo de beneficiar o perjudicar a una parte, el artículo 446 CP no exige de forma expresa este requisito, sin embargo, el 393 CP<sup>99</sup> sí que lo hace.

La doctrina alemana defiende que el acto de perjudicar o beneficiar a una de las dos partes debería ser entendida como el resultado de haber cometido el delito, y no como un elemento esencial del tipo subjetivo.

Finalmente, podemos afirmar que no existe la necesidad de persecución de una finalidad u objetivo por parte del juzgador para que se cometa del delito de prevaricación judicial.

#### 4.1 Interpretación de la expresión “a sabiendas”

“El elemento subjetivo del tipo, aparece representado en la expresión «a sabiendas» es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones”.<sup>100</sup>

El fondo de la cuestión de interpretar la expresión “a sabiendas” del artículo 446 CP es tratar de resolver si el delito de prevaricación judicial puede cometerse únicamente con dolo directo, o cabe la posibilidad de la comisión con dolo eventual.

Siempre han existido tres interpretaciones posibles de este dicho<sup>101</sup>:

- En primer lugar, la restricción del tipo a las conductas realizadas con dolo directo.

---

<sup>97</sup> STS (Sala de lo Penal) 26 junio 1996.

<sup>98</sup> STS 2338/2001 (Sala de lo Penal), 11 de Diciembre (recurso 1792/2002).

<sup>99</sup> “El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, *para perjudicar a otro*, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores”.

<sup>100</sup> STS 2338/2001 (Sala de lo Penal), 11 de Diciembre (recurso 1792/2002)

<sup>101</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 385

- En segundo lugar, la equiparación de la expresión a sabiendas a la exigencia del dolo, y por tanto, a la exclusión de la comisión imprudente, es la interpretación que defiende la mayoría de la doctrina.
- Por último, se entiende a ésta última como una interpretación procesal, pues se cree que las resoluciones injustas se deben a un error del sujeto activo durante el procedimiento.

Muchos autores consideran que la expresión “a sabiendas” tiene un significado equitativo a “voluntad” e interpretan que se requiere de dictar una sentencia “a sabiendas” para cometer un delito de prevaricación judicial con dolo directo.

El Tribunal Supremo en su STS 2/1999 de 15 de octubre de 1999 defiende lo siguiente: “En resumen como recogió al respecto el Auto de esta Sala Segunda de 13 de julio de 1993, es imprescindible la exigencia de que el Juez actúe «a sabiendas». Tal expresión más expresiva y gráfica que las genéricas del Texto Penal anterior de voluntaria, intencional y maliciosa, implica sin duda alguna, no sólo el conocimiento del hecho, sino el de su significación antijurídica. El Código vigente repite esta exigencia en su art. 446, siendo estimada tal locución por la mayoría de la doctrina científica, no en el sentido de que no se trata tan sólo de un delito doloso, como tantos de la Parte Especial del Texto de 1995, sino que precisa además su realización con dolo directo, quedando excluida totalmente la posibilidad del dolo eventual”, por lo que podríamos entender que el dolo eventual quedaría excluido.

Sin embargo, GARCIA ARÁN defiende que no es necesario que exista una determinada intención de dictar una resolución injusta, sino que lo únicamente necesario sería tener un conocimiento seguro de que se está dictando una resolución injusta.<sup>102</sup>

En contraposición a esta postura, RAMOS TAPIA y OCTAVIO DE TOLEDO creen que actuar “a sabiendas” no tiene por qué excluir el dolo eventual, pues defienden que “no es necesario la certeza total de que algo vaya a ocurrir para que se cometa el delito de prevaricación con dolo, sino que basta con la consciencia de la probabilidad”<sup>103</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo en su STS 12 de febrero de 1909 confirma la condena por prevaricación judicial dolosa a un juez en base a que “a sabiendas de que

---

<sup>102</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 387.

<sup>103</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 388.

los hechos no se había justificado que constituyera delito y sin práctica diligencia alguna para tal justificación, dictó el auto de procesamiento”.<sup>104</sup>

Por tanto, lo que queda claro, es que tanto la mayoría de la doctrina como el propio Tribunal Supremo, excluyen la posibilidad de que la expresión “a sabiendas” y conducta imprudente se den en el mismo supuesto, además de que la modalidad imprudente ya se encuentra contemplada en el artículo 447 CP.

Actualmente, una vez estudiadas las diferentes posturas comentadas anteriormente, se puede decir que la expresión “a sabiendas” tiene la función de excluir el dolo eventual, o por contrario, que simplemente sigue una tradición histórica.<sup>105</sup>

Creemos por tanto, que en el caso del delito de prevaricación judicial, el uso de la expresión “a sabiendas” supone una alusión a la importancia de conocer los elementos del tipo, sobretodo del dolo a la hora de prevaricar, y además funciona como elemento diferenciador de la conducta prevaricadora de los errores de entendimiento, por lo que cabe la posibilidad de cometer el delito de prevaricación judicial con dolo directo en primer grado, el dolo directo en segundo grado y el dolo eventual.

#### 4.2 *El dolo eventual*

Como hemos dicho anteriormente, la doctrina se plantea la posibilidad de la exclusión del dolo eventual a raíz de la interpretación de la expresión “a sabiendas” y la consiguiente exigencia del dolo directo que esta interpretación supone.

Podemos plantear la posibilidad de que el dolo eventual se apreciara cuando no existiera la certeza de que una resolución pudiera ser injusta pero sí la probabilidad. Se trataría éste de un supuesto en el que el juez tendría la voluntad de dictar una resolución la cual sería en injusta, pero éste no tuviera la certeza de que la resolución tuviera carácter arbitrario. Es decir, al sujeto, en este caso juez, se le ha planteado la posibilidad de que la resolución que quería dictar fuera injusta y éste la ha dictado igualmente, lleva a cabo la producción de un resultado.<sup>106</sup>

REIGOSA defiende que un juez a pesar de conocer la probabilidad de que la resolución que está dispuesto a dictar es injusta, no es suficiente para apreciar el dolo directo pues

---

<sup>104</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 388.

<sup>105</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 390.

<sup>106</sup> Güidi Clas, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006. Página 268

siempre existe una probabilidad de que la resolución sea declarada injusta, y es un hecho que incluso el juez más cuidadoso y precavido puede cometer.

También es importante diferenciar el dolo eventual de la imprudencia consciente, puesto que ninguno de los sujetos persiguen el resultado en cuestión, que en este caso sería dictar una resolución injusta, pero en el caso del dolo eventual, se presenta la posibilidad de que la resolución sea declarada injusta y aun así acepta las consecuencias y dicta la resolución de todas formas, mientras que en la imprudencia consciente, también se presenta la posibilidad de que la resolución<sup>107</sup> sea declarada injusta, sin embargo, el juez al dictarla, confía en que no será declarada como tal.

El propio artículo 446 CP, que contempla la modalidad dolosa de prevaricación judicial, excluye los casos de imprudencia previsible, los cuales se encuentran recogidos en el artículo 447 CP, por lo que siguiendo el esquema anterior, los casos de dolo eventual deberían incluirse en el artículo 446 CP ya que si se incluyera en el 447 CP, se darían una serie de contradicciones<sup>108</sup>:

- No se pueden equiparar los supuestos del dolo eventual a la modalidad imprudente, como hemos dicho anteriormente, no deben confundirse, a pesar de que en ambos supuestos se conozca la probabilidad de la producción de un resultado.
- El artículo 447 CP solo castiga aquellos supuestos en los que existe imprudencia, por lo que el dolo eventual quedaría impune, el hecho de dictar una resolución con la probabilidad de que fuera injusta no sería castigado.

En conclusión, habiendo analizado los elementos del tipo y habiendo interpretado la expresión “a sabiendas”, entendemos que el dolo eventual se dará en aquellos casos en los que el juez o magistrado sabe que existe la posibilidad de que la resolución que quiere dictar sea injusta y aun así acepta las consecuencias y quiere la producción del resultado. También defendemos que el dolo eventual debería quedar incluido en el artículo 446 CP, referente a la comisión de un delito de prevaricación judicial con dolo y no en el 447 CP, pues no es equiparable a un supuesto de imprudencia.

---

<sup>107</sup> Güidi Clas, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006. Página 270.

<sup>108</sup> Güidi Clas, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006. Página 271.

### 4.3 *El error de tipo y el error de prohibición*

Es un aspecto que plantea muchas dudas, incluso más que la inclusión o no del dolo eventual en el delito de prevaricación judicial. Hablamos de error de tipo cuando no se tiene conocimiento de todos los elementos que integran el tipo, cuando un juez cree que al dictar sentencia no se da la concurrencia de todos los elementos del tipo, pero realmente sí que concurren.<sup>109</sup>

Para poder entrar a valorar la existencia del error en casos de delitos de prevaricación judicial, primero es necesario comprobar que la resolución se adecua al Derecho, al Ordenamiento Jurídico, por lo que el error en este caso supondría que el juez o magistrado en cuestión, desconocería que la resolución es contraria al Derecho.<sup>110</sup>

Esta deducción lleva por consiguiente una confusión entre el error de tipo, desconocimiento de la ilicitud de una resolución, y el error de prohibición, desconocimiento de ilicitud de la conducta del juez, algo que parece casi imposible, pues se presupone que el juez debe conocer el Derecho.

Tal y como defiende RAMOS TAPIA se ha llegado a considerar que la tipificación de la prevaricación por “ignorancia inexcusable” es un supuesto de incriminación específica del error de prohibición<sup>111</sup>, equiparable a la modalidad imprudente.

A modo de resumen entendemos que se dan dos tipos de error en el caso de prevaricación judicial, el error de tipo, el cual excluye el dolo y puede ser vencible o invencible, y el error de prohibición, que en el supuesto de ser invencible conllevará la exclusión de la responsabilidad criminal, y en caso de ser vencible, la reducción de la pena en uno o dos grados.

Para poder distinguir al error de prohibición y al error de tipo es necesario plantear una distinción previa entre el desconocimiento de la injusticia de la resolución y el conocimiento de la injusticia de ésta o ilicitud de la conducta de dictar de forma arbitraria.

#### 4.3.1 *El desconocimiento de la injusticia de la resolución*

Cuando se hace referencia al desconocimiento de la injusticia de una resolución dictada por un juez o magistrado, la mayoría de la doctrina coincide en que se trata de un error de tipo. Puede darse por varios motivos, desde el hecho de dictar resolución basándose

---

<sup>109</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 132.

<sup>110</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 414.

<sup>111</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 414.

en normas que han estado derogadas, han sido declaradas inconstitucionales, o cuando la interpretación llevada a cabo es considerada inconstitucional.<sup>112</sup>

Suponiendo entonces que nos encontráramos ante un error de tipo, lo cual apoya la mayoría de la doctrina española, se excluiría el dolo, y además, dependiendo de si éste fuera vencible o invencible, podría llegarse a excluir incluso la responsabilidad penal, en virtud del artículo 14.1 CP.

El artículo 14.1 CP establece que “el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

Para una parte de la doctrina el error del Derecho es un error de tipo, postura que defiende WELZEL de la siguiente forma: “debido a que la aplicación incorrecta del Derecho es un elemento del tipo, el error sobre el Derecho excluye el dolo”.

RAMOS TAPIA, basándose en la teoría de WELZEL entiende que se trata de un error de tipo porque el desconocimiento del Derecho aplicable implica un error sobre el carácter injusto de la resolución y por tanto, sobre la conducta típica.<sup>113</sup>

Para otra parte de la doctrina, el error sobre esta injusticia de la resolución supondría un error de prohibición porque entienden que el error no cae sobre uno de los elementos del tipo sino sobre la falta del conocimiento de la antijuricidad.

Esta postura se ve apoyada por el propio Tribunal Supremo que en su STS de 27 de Mayo de 1994 alega que el desconocimiento por parte de un juez de paz, en este caso un alcalde, se debía a un error de prohibición.

Así pues RAMOS TAPIA entiende que el propio Tribunal Supremo relaciona el conocimiento de la ilegalidad de la injusticia de la resolución con el conocimiento de la transcendencia jurídica de la acción, y por tanto, debe considerarse error de prohibición<sup>114</sup>. También defiende que no se puede suponer que el conocimiento de la injusticia de una resolución conlleve el conocimiento de la ilicitud de una conducta.

En conclusión, entendemos que el error sobre la injusticia no puede ser un error de prohibición y debe tratarse siempre como un error de tipo.

---

<sup>112</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 415.

<sup>113</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 415.

<sup>114</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 416.

Esto es así debido a que el juez se compromete a resolver exclusivamente conforme al Derecho y se configura como un garante de la administración de justicia, por lo que siempre conocerá el injusto material de un hecho aun suponiendo que desconociera la sanción que se le impondría.

#### *4.3.2 Conocimiento del carácter injusto de la resolución*

En estos supuestos partimos de la idea que el juez o magistrado son conocedores de la injusticia de la resolución pero entienden que su conducta no es ilícita, que está justificada. Un ejemplo de esto sería un caso en el que un juez antepone su interpretación al Derecho positivo para poder aplicar una solución justa al caso, supondría por tanto, la inclusión del superposición de su propio interpretación al Ordenamiento Jurídico, conllevaría entonces a un error de prohibición, pues no existe un desconocimiento de los elementos del tipo sino un desconocimiento de la antijuricidad.

## CAPÍTULO V

### 5 Tipo subjetivo de la prevaricación judicial imprudente

En el caso de la prevaricación judicial imprudente debemos remitirnos al artículo 447 CP que regula esta modalidad de la siguiente manera:

“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.”

Desde hace varios años se viene planteando la posibilidad de suprimir la modalidad imprudente del delito de prevaricación judicial y de hecho, se ha conseguido eliminar la modalidad culposa en la prevaricación administrativa.

En este sentido se ha pronunciado FERRER BARQUERO: “que la figura culposa de la prevaricación judicial debe desaparecer, tal y como, acertadamente, sucedió con la administrativa, pues estimamos que el bien jurídico que este delito intenta tutelar queda suficientemente protegido con la modalidad dolosa, máxime si hemos defendido que la expresión “a sabiendas” cobija el dolo eventual. Y es que la propia acción de prevaricar, cuyo sentido etimológico “andar torcido” ha derivado en un sentido jurídico “torcer el Derecho”, no parece abarcar a quien, en suma, sólo es negligente al impartir justicia. Por otro lado, el principio de intervención mínima y la existencia de un Derecho disciplinario judicial son razones que también nos llevan a tal conclusión”.<sup>115</sup>

Antiguamente los Códigos Penales españoles incluían en la regulación de la prevaricación judicial imprudente la expresión “negligencia e imprudencia inexcusable” que servía para distinguirla de la modalidad dolosa y su expresión “a sabiendas”.

Actualmente se ha sustituido esta expresión por la de “imprudencia grave”, aunque se ha mantenido la de “ignorancia inexcusable”.

El legislador ha optado por la expresión “imprudencia grave” simplemente por la relación que guarda ésta con los términos de la imprudencia de los demás delitos, sin embargo, no se ha dignado a definirla.

El Tribunal Supremo en su STS 359/2002 de 26 de Febrero entiende que existe prevaricación judicial con imprudencia en base a los siguientes argumentos: “el legislador ha decidido que cuando se trata de una prevaricación judicial por imprudencia grave no basta con que la resolución sea injusta, como sucede en la modalidad dolosa,

---

<sup>115</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 143.

sino que sea injusta con carácter manifiesto, lo que incide, más que en el elemento objetivo de la prevaricación, en el tipo subjetivo y particularmente en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado culpa con representación la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado injustificadamente, al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución. La injusticia de la resolución no debe ofrecer ninguna duda y son, pues, los casos extremos de desatención de los deberes judiciales lo que ha querido resolver el legislador a través del artículo 447 del Código Penal, en los que el Juez no ha puesto el mínimo de diligencia en comprender algo que a los ojos de una persona con su formación no podía ofrecerle ninguna duda”<sup>116</sup> y en su ATS de 23 de Julio de 2002 “De aquí se deduce que si el autor tiene que haber tenido representación de la injusticia de la resolución, dado el carácter manifiesto de ésta, su error sobre la injusticia no sólo excluye el dolo, sino también la culpa consciente, pues el elemento cognitivo de ambas formas de acción es coincidente. Consecuentemente, si el tipo penal del art. 447 CP requiere siempre culpa consciente o con representación, cuando el error versó sobre la injusticia de la resolución, se debe tener por excluida la culpa consciente, pues el autor no era consciente de la posibilidad de realización del tipo. Si esto es así y el tipo penal no alcanza la culpa inconsciente, no cabe la sanción del delito como imprudente en la forma en la que lo prevé el art. 14.1 CP, por lo que esta última forma de la acción queda fuera del ámbito jurídico-penal.”<sup>117</sup>

Al tratarse de imprudencia hay que discernir si se cumplen dos elementos clave para que se cumpla un delito con imprudencia<sup>118</sup>:

- La infracción de un deber individual de cuidado, hay que verificar que existía un deber de cuidado por parte del individuo en cuestión.
- La previsibilidad del resultado supone que si el juez o magistrado hubiera actuado de forma diligente se podría haber previsto el resultado.

Esto significa que se requiere comprobar cuál es ese deber de cuidado para poder luego verificar si se ha dado una infracción de ese deber.

Sin embargo, en el supuesto de delito de prevaricación judicial se prescinde del primer elemento, no se lleva a cabo la comprobación del deber de cuidado, se presupone que el juez como garante de la administración de justicia es cuidadoso y se centra únicamente

---

<sup>116</sup> STS 359/2002 (Sala de lo Penal), 26 de Febrero de 2002 (Recurso 1029/2000).

<sup>117</sup> ATS 26 julio 2002.

<sup>118</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 426.

en verificar si el sujeto ha podido conocer de la contrariedad de la resolución, de la injusticia de ésta. La injusticia de la resolución por tanto ya demuestra que se ha infringido el deber de cuidado del juez o magistrado.

En definitiva, entendemos que el juez será autor de un delito de prevaricación judicial con imprudencia cuando la resolución que dicta es manifiestamente injusta, el juez en cuestión realiza la conducta tipificada pero no es consciente de ello aunque podía haberlo evitado.

### *5.1 La gravedad de la imprudencia*

Una vez comprobado que se cumplen los elementos mencionados anteriormente, podemos hablar de la gravedad de la imprudencia, pues para que un delito de prevaricación judicial con imprudencia sea punible es necesario que esta imprudencia sea grave.

RAMOS TAPIA afirma que se debe entender por imprudencia todo desinterés por parte del juez o magistrado respecto a la correcta administración de justicia y pone en relación a esta gravedad la expresión “negligencia inexcusable” que se utilizaba antiguamente.

### *5.2 La ignorancia inexcusable*

Como bien hemos dicho anteriormente, el artículo 447 CP castiga aquellos supuestos de prevaricación judicial con imprudencia grave por la omisión del deber de diligencia del juzgador.

En este sentido MUÑOZ CONDE defiende que “La imprudencia debe ser grave, entendiéndose también como tal la ignorancia inexcusable, es decir, aquella que con un mínimo de diligencia e interés por parte del Juez hubiera podido ser vencida”<sup>119</sup>

En relación a la postura de MUÑOZ CONDE entendemos que la expresión “ignorancia inexcusable” supondría la excepción al principio de “iura novit curia”.

Así QUINTERO OLIVARES afirma que “no ha de pretenderse una absurda interpretación del brocardo iura novit curia que condujera a entender que todo Juez ha de ser necesariamente un jurisconsulto avezado y de conocimientos universales”. Esto supondría que en algunos casos en los que es muy complicado apreciar cual es el Derecho aplicable al caso, se entienda que las equivocaciones sean excusables desde un punto de vista penal, se abriría un proceso para solicitar recursos y se podría ir a la vía civil a reclamar por daños y perjuicios.

---

<sup>119</sup> Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Página 147.

Además el Tribunal Supremo, en su STS 333/2006 de 15 de febrero de 2006 defiende que “El tipo de prevaricación por imprudencia tiene una estructura doble en el sentido que diferencia la conducta imprudente o negligente propiamente dicha y la ignorancia inexcusable (por ello en el Código anterior no se aplicaba el tipo de imprudencia genérico incriminándose específicamente la prevaricación imprudente, artículo 355 CP/1973). La primera hace referencia a supuestos de desatención, ligereza o falta de cuidado graves, mientras que la ignorancia inexcusable significa no rebasar el umbral mínimo del conocimiento exigible, en este caso a un juez o magistrado, es decir, se trata de un error provocado por la propia falta de conocimiento o información del sujeto del delito, imputable al mismo, lo que es causa de la sentencia o resolución manifiestamente injusta.”

### 5.3 *La resolución manifiestamente injusta*

Se parte de la idea de que para que pueda exigirse responsabilidad a un juez por delito de prevaricación judicial con imprudencia es necesario que se califique a la resolución objeto del caso como jurídicamente indefendible o manifiestamente injusta.

Esto es debido a que si no se pusiera un límite se podría acusar a un juez o magistrado por cualquier resolución dictada, la cual cosa supondría una limitación y vulneración a al principio de independencia del juez aun mayor de lo que existe en la actualidad.

RAMOS TAPIA defiende que una resolución manifiestamente injusta es aquella en la que es posible apreciar la contrariedad con el ordenamiento jurídico en un primer momento, son aquellas en las que se infringen normas que deben aplicarse al caso de forma indubitada, por lo que no es discutible la interpretación correcta<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Página 434.

## CAPÍTULO VI

### **6 Comentario a la sentencia por la que se condena al juez Baltasar Garzón Real**

Mediante la STS 79/2012 de 9 de Febrero de 2012 se condena al juez Baltasar Garzón Real como autor de un delito de prevaricación judicial del artículo 446.3 CP en concurso con otras normas, a la pena de una multa de catorce meses con una cuota diaria de seis euros y once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado.

Procederemos a analizar dicha sentencia en los siguientes apartados.

#### *6.1 Hechos probados*

El juez Garzón fue nombrado juez magistrado instructor del conocido caso “Gürtel”, en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional. En dicho Juzgado se tramitaban las Diligencias Previas nº275/2008 en las que se investigaban unos hechos que podían ser constitutivos de delitos de blanqueo de capitales, defraudación fiscal, falsedad, cohecho, asociación ilícita y tráfico de influencias.

Se sospechaba que a pesar de que los dirigentes de estas actividades delictivas estaban en prisión provisional seguían dando órdenes e instrucciones desde dentro y en las cuales podían estar implicados algunos de los abogados.

El día 19 de febrero de 2009 el Juez Garzón dictó Auto mediante el cual procedía a intervenir las comunicaciones orales y escritas de los sospechosos que se encontraban en prisión provisional. En su razonamiento jurídico segundo establecía que “deviene necesario ordenar la intervención de las comunicaciones orales y escritas de los tres internos antedichos. Igualmente y dado que en el procedimiento empleado para la práctica de sus actividades pueden haber intervenido letrados y que los mismos aprovechando su condición pudiesen actuar como "enlace" de los tres mencionados con personas del exterior, deviene necesaria también la intervención que aquellos puedan mantener con los mismos, dado que el canal entre otros miembros de la organización y los tres miembros ahora en prisión podrían ser los letrados que estarían aprovechando su condición en claro interés de la propia organización y con subordinación a ella”. Es decir, el juez Garzón, basándose en el artículo 51.2 Ley Orgánica General Penitenciaria, acuerda que se les intervengan las comunicaciones a los tres detenidos, a sus letrados del momento y a posibles letrados que pudieran tener en un futuro.

Los funcionarios policiales solicitaron que se les aclarara un punto del apartado segundo de la parte dispositiva referente a “Ordenar la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, y con carácter especial, las que mantengan con el letrado D. José Antonio López Rubal, previniendo el derecho de defensa, en el Centro Penitenciario en que se encuentran, o cualesquiera otros donde se trasladen” pues la expresión “previniendo el derecho de defensa” creaba confusión. El Juez Garzón aclaró la duda diciendo que debían recoger las cintas, escuchar el contenido de las mismas, transcribir lo escuchado y proceder a su entrega en el Juzgado.

El día 2 de Marzo de 2009 dos de los imputados procedieron a nombrar nuevos letrados, la cual cosa conllevaba que sus comunicaciones también quedaban intervenidas.

El día 20 de Marzo de 2009 el Juez Garzón procedió a dictar otro Auto en el que se acordaba la prórroga de la intervención de las comunicaciones y la única referencia que se hacía al derecho de defensa era la expresión antes comentada “previniendo el derecho de defensa”.

El día 27 de Marzo de 2009 volvió a dictar Auto en el que se acordaba excluir del procedimiento judicial todas aquellas conversaciones y transcripciones referentes a las estrategias de defensa de los imputados y sus letrados.

Sin embargo durante el tiempo que se llevó a cabo la intervención se escuchó, grabó y transcribió todo tipo de conversaciones de los imputados con sus respectivos Letrados, tanto los del momento como los futuros, e incluso las entrevistas que tuvieron con algunos que no estaban contratados. Nunca se dieron indicios de que existieran actos delictivos por parte de los intervenidos.

## *6.2 Fundamentos de Derecho*

El Tribunal Supremo entiende que el máximo asunto a tratar en este caso es la vulneración al derecho de defensa de los tres imputados frente al interés del Estado en cuanto a la persecución de delitos.

El derecho a la defensa se encuentra regulado en los artículos 17 y 24 CE y en el 6.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, publicado en el BOE el 10 de Octubre de 1979. La propia STS en su Fundamento de Derecho Séptimo establece que “Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen o pueden conocer el contenido de estas

conversaciones, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia” por lo que entiende que el derecho a la defensa se ha visto vulnerado cuando se les han intervenido las comunicaciones a los tres imputados. Entiende que lesionar esta confidencialidad a la que tienen derecho las partes acusadas afectaba al derecho a no declarar por parte de los imputados, pues hubiera sido posible que uno de ellos le hubiera confesado la participación o la comisión del delito de forma secreta a su letrado, el derecho al secreto profesional e incluso el derecho a la intimidad, pues el imputado podía haber explicado al letrado alguna cuestión referente a su ámbito privado que no quería que nadie más conociera.

En el FD Octavo se trata la problemática referente a la interpretación del artículo 51.2 LOGP. Aunque este artículo permite la intervención de las comunicaciones entre los internos y sus Letrados defensores, tanto el TC como el TS creen que solo puede llevarse a cabo tal intervención cuando se trate de delitos relacionados con el terrorismo, por lo que el Juez Garzón sabía que las comunicaciones de los tres internos no podían ser intervenidas porque los delitos por los que se les estaba investigando no estaban relacionados con el terrorismo.

En el FD Quinto y Decimosegundo se hace referencia al artículo 446.3 CP el cual regula el tipo residual del delito de prevaricación judicial. En este caso se entiende que los tres elementos objetivos del tipo se cumplen puesto que el supuesto autor cumple la condición de juez o magistrado, la resolución investigada es un Auto judicial (por eso se tiene en cuenta el 446.3 CP y no el 446.1 o 446.2 referentes a cuando la prevaricación judicial se comete mediante sentencias) y existe injusticia de la resolución porque según el FD Decimosegundo “Ninguno de los métodos de interpretación del derecho usualmente admitidos que hubiera podido seguir el acusado respecto de esos preceptos, le habría conducido a concluir de forma razonada que es posible restringir sustancialmente el derecho de defensa, con los devastadores efectos que ocasiona en el núcleo de la estructura del proceso penal, en las condiciones en que lo hizo. Es decir, mediante la escucha y grabación de las comunicaciones reservadas que mantuvieran los imputados con sus letrados defensores en los locutorios específicos del centro penitenciario donde se encontraban en prisión provisional; y sin disponer de ningún dato que pudiera indicar mínimamente, en una valoración razonable, que la condición de letrado y el ejercicio del derecho de defensa se estaban utilizando como coartada para facilitar la comisión de nuevos delitos. No se trata, pues, de una interpretación errónea de la ley, sino de un acto arbitrario, por carente de razón, que desmantela la

configuración constitucional del proceso penal como un proceso justo” y en conclusión el TS considera que “La resolución es injusta, pues, en tanto que arbitrariamente restringe sustancialmente el derecho de defensa de los imputados en prisión, sin razón alguna que pudiera resultar mínimamente aceptable”.

En el FD Sexto y Decimotercero se habla del elemento subjetivo referente a la expresión “a sabiendas” y la inclusión del dolo en la conducta del juez Garzón. Como hemos visto en el cuerpo del trabajo es necesario que exista consciencia del carácter injusto de la resolución para que se cometa un delito de prevaricación con dolo. Tal y como establece el TS en esta sentencia en su apartado segundo del mismo FD Sexto “Basta con que el juez sepa que la resolución no es conforme a derecho y que a ella no llegaría empleando los métodos usuales de interpretación, sino solamente imponiendo su propia voluntad, su deseo o su criterio sobre la interpretación racional de la ley”.

En este caso el TS considera que el juez Garzón conocía de la injusticia de la resolución y que se vulneraba el derecho a la defensa de los imputados pues defiende que “La inclusión de la cláusula previniendo el derecho de defensa en ambas resoluciones revela que el acusado era consciente de que su decisión afectaba al derecho de defensa. Sin embargo, no puede aceptarse que la intención del acusado fuera, precisamente, proteger el derecho de defensa, ya que el propio contenido de los autos anula el sentido de la anterior previsión, convirtiéndola en algo puramente formal.”

### 6.3 *Conclusión*

El juez Garzón es condenado a un delito de prevaricación judicial del artículo 446.3 CP, entre otros, debido a que el TS considera que la decisión de intervenir las comunicaciones de los internos y de los abogados defensores constituye una vulneración del Derecho a la defensa de los internos, llevado a cabo por una interpretación extensiva del artículo 51.2 LOGP. Se entiende que se vulnera dicho Derecho por los siguientes motivos:

- La medida que acordó el Sr. Garzón estaba solo prevista para la investigación de los delitos de terrorismo por lo que la medida no podía acordarse en este proceso judicial. Sin embargo, tal y como establece el Fundamento de Derecho Noveno de la sentencia, el TEDH establece requisitos para que pueda acordarse la intervención de las comunicaciones de imputados y Letrados defensores. En primer lugar se debe comprobar que la intervención no es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos y en segundo lugar que se cumplan dos

condiciones. La primera es que exista una previsión legal que habilite la intervención (en este caso sería el 51.2 LOPJ, aunque solo es para casos de terrorismo) y que existan indicios contra el Letrado defensor que quiere intervenir. Estos requisitos no se cumplen, por lo que no puede acordarse la medida, se incluyen Letrados defensores futuros sobre los cuales no hay siquiera indicios.

- Para que pueda acordarse la medida se necesita la concurrencia de indicios de que el ejercicio de Derecho a la defensa y la condición de abogado están siendo utilizados para cometer nuevos delitos de terrorismo.
- Se acuerda la intervención de todas las comunicaciones de los internos con todos los Letrados, incluso los futuros.
- Ninguno de los métodos de interpretación del derecho admitido facultaba al juez Garzón para restringir los derechos a la defensa de los internos tal y como hizo. Entendemos que la interpretación que hizo al respecto fue una interpretación extensiva. El mismo TS establece que “arbitrariamente restringe sustancialmente el derecho de defensa de los imputados en prisión, sin razón alguna que pudiera resultar mínimamente aceptable”, entre otros.

## Conclusiones

El delito de prevaricación judicial es un ilícito que contiene muchas particularidades y que conlleva muchas discusiones, partiendo del hecho de que existe la posibilidad de que un funcionario público también pueda incurrir en responsabilidad criminal por la comisión de un delito de prevaricación, se confunden muchos de los elementos que forman ambos ilícitos. Creemos que ha sido adecuado el trabajo del legislador de 1995 separando ambos delitos, diferenciando la comisión del delito de prevaricación por parte de un funcionario público y la de un juez o magistrado.

Como hemos visto durante todo el trabajo algo tan básico como debería ser la delimitación del bien jurídico protegido crea confusiones, hay muchos juristas que entienden que únicamente se quiere proteger al correcto funcionamiento de la administración de justicia y excluyen todas las demás posibilidades, y por otro lado, existe otra parte que incluye una gran variedad de bienes jurídicos, como son el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de los intereses de las partes, el deber del juez como garante, entre otros.

Nosotros entendemos que no únicamente se intenta proteger al correcto funcionamiento de la administración de justicia sino que también se incluye el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho fundamental incluido en el artículo 24 CE es una clara representación del derecho a un juez imparcial que podría lesionar el hecho de cometer un delito de prevaricación judicial. También entendemos que basándonos en la teoría de JAKOBS el delito de prevaricación judicial también intenta proteger el deber institucional del cargo del juez pues si se vulnerara este deber se lesionaría directamente la buena administración de justicia, un juez que no resuelve acorde al Derecho es un juez que no administra justicia.

Otro de los puntos que crea aún más confusión es la delimitación de los sujetos activos o autores susceptibles de cometer un delito de prevaricación judicial. Hemos visto que existen varias interpretaciones posibles para poder resolver este conflicto. Entendemos que para poder llegar a una solución lógica lo adecuado es interpretar el artículo 446 y 447 CP mediante una visión formal, por lo que los únicos capaces de cometer un delito de prevaricación judicial serían los jueces y magistrados y por consiguiente, tanto el ministerio fiscal, los árbitros, los miembros del jurado, los magistrados del Tribunal Constitucional como los Consejeros del Tribunal de Cuentas, no pueden cometer un

delito de prevaricación judicial. Sin embargo, nos parece inverosímil que en pleno siglo XXI la regulación de delito de prevaricación por parte de los árbitros, ministerio fiscal y tribunal jurado sea un caso tan problemático, pues no existe una regulación expresa. Como hemos comentado anteriormente creemos que es un caso de “*lege ferenda*”, es necesaria la promulgación de una disposición normativa que regule el delito de prevaricación en cada uno de estos sujetos, sobretodo el caso del ministerio fiscal, pues a pesar que es el juez quien decide en última instancia, el ministerio fiscal contribuye en una gran parte en su decisión final.

Otro de los aspectos que hemos podido “solucionar” durante el trabajo es la interpretación del concepto de *injusticia* pues como establecimos en la introducción del trabajo, era un término que creaba muchas dudas pues ni siquiera el propio Tribunal Supremo era claro. Hemos visto que existen tres tipos de teorías que intentan resolver la problemática referente a la apreciación de injusticia en una resolución judicial. Nosotros entendemos que la teoría que más se acerca a dicha finalidad es la teoría de los deberes defendida por RUDOLPHI pues facilita la interpretación del Código Penal en cuanto al delito de prevaricación judicial, además de que los problemas en cuanto a las normas multívocas que plantea la teoría objetiva quedan resueltos mediante esta teoría.

En cuanto al elemento del tipo objetivo referente a las resoluciones incluidas dentro del tipo de la prevaricación judicial hemos podido comprobar que mediante la interpretación formal solo quedaban incluidas las resoluciones judiciales establecidas por el artículo 446 CP consistentes en Autos, Providencias y Sentencias. El tema referente a las Providencias era un aspecto complejo debido a que como muchos expertos afirman las Providencias no resuelven el fondo del asunto y solo tienen como objetivo dar continuidad al proceso por lo que si tuviera la naturaleza correcta que le corresponde, no se podría prevaricar mediante Providencias. Sin embargo como hemos visto no podemos limitarnos a justificar que a partir de Providencias no se puede prevaricar puesto que si se usaran correctamente no deberían resolver el asunto puesto que es una afirmación muy arriesgada ya que es un hecho evidente que cualquier juez o magistrado puede dictar cualquier resolución que le parezca conveniente y otorgándole la calificación que él crea adecuada, por lo que si estimara pertinente resolver mediante Providencia, aunque la naturaleza formal de la misma no lo permitiera, podría hacerlo.

Por último, en referencia a la utilización de la expresión “a sabiendas”, pensamos no se excluye el dolo eventual, como hemos visto en el cuerpo del trabajo, sino que funciona más bien como un diferenciador de los errores de conocimiento como son el error de

tipo y prohibición y de la modalidad imprudente, pues se presupone que existe conocimiento de la injusticia de la resolución.

## Bibliografía

### Doctrina consultada:

- Álvarez García, Francisco y Pedreira González, Félix María. *La prevaricación judicial y el Tribunal del Jurado*. Editorial LA LEY. 2006. (LA LEY 289/2006).
- Córdoba Roda, Juan y García Arán, Mercedes, *Comentarios al Código penal*. Madrid: M. Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2004.
- Fernández Espinar, Gonzalo. *La prevaricación judicial: De la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva*. Editorial LA LEY. 1993. (LA LEY 7332/2001).
- Güidi Clas, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006.
- López Jiménez, Raquel. *La legitimación pasiva en el delito de prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2005. (LA LEY 266/2005).
- Pedreira González, F. M, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007.
- Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Aranzadi. 2011.
- Ramos Tapia, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Rodríguez Ramos, Luis, Martínez Guerra, Amparo, Rodríguez-Ramos Ladaira, Gabriel, Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín y Colina Oquendo, Pedro, *Código penal comentado y con jurisprudencia*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011.
- Tasende Calvo, Julio. *Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial*. Editorial LA LEY. 2008. (LA LEY 40837/2008).
- Zabala López-Gómez, Carlos. *¿Es posible la prevaricación en el arbitraje?* Editorial LA LEY. 2011. (LA LEY 20362/2001).

### Jurisprudencia consultada:

- ATC 325/1993, de 28 de Octubre.
- ATS (Sala de lo Penal) 12 de Junio de 2002 (recurso 4/2002).
- ATS (Sala de lo Militar) 24 de Febrero de 2010 (recurso 45/2008).

- ATS (Sala de lo Penal) 19 de Octubre de 2010 (recurso 20716/2009).
- STS 877/1998 (Sala de lo Penal), de 24 de Junio (recurso 2565/1997).
- STS 2/1999 (Sala de lo Penal), de 15 de Octubre (recurso 2940/1997).
- STS 2338/2001 (Sala de lo Penal), 11 de Diciembre (recurso 1792/2002).
- STS 318/2002 (Sala de lo Penal), 26 de Febrero (recurso 3453/2000).
- STS 359/2002 (Sala de lo Penal), 26 de Febrero de 2002 (recurso 1029/2000).
- STS 102/2009 (Sala de lo Penal), 3 de Febrero de 2009 (recurso 1085/2007).
- STS 79/2012 (Sala de lo Penal), 17 de Enero de 2012 (recurso 20716/2009).

Legislación consultada:

- España. Decreto por el que se aprueba y promulga el Código Penal, texto refundido de 1944, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. (BOE [en línea], núm. 13, de 13 de Enero de 1945, páginas 427 a 472).  
<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1945/013/A00427-00472.pdf> [Consulta 20 Febrero 2016].
- España. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (BOE [en línea], núm. 297, de 12 de Diciembre de 1973, páginas 24004 a 24291).  
<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1973/297/R24004-24291.pdf> [Consulta 20 de Febrero de 2016].
- España. Constitución Española de 1978. (BOE [en línea], núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424).  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>  
[Consulta el 3 de Abril de 2016]
- España. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. (BOE [en línea], núm. 239, de 5 de octubre de 1979, páginas 23186 a 23195).  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-23709-consolidado.pdf>  
[Consulta el 16 de Marzo de 2016].
- España. Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. (BOE [en línea], núm. 121, de 21 de mayo de 1982, páginas 13290 a 13294).  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1982/BOE-A-1982-11584-consolidado.pdf>  
[Consulta 3 de Marzo de 2016]

- España. Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BOE [en línea], núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, páginas 803 a 806).  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>  
[Consulta el 21 de Abril de 2016].
- España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE [en línea] núm. 157, de 2 de Julio de 1985, páginas 20632 a 20678).  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>  
[Consulta 7 de Marzo de 2016].
- España. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. (BOE [en línea] núm. 122, de 23 de mayo de 1995, páginas 15001 a 15021).  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-12095-consolidado.pdf>  
[Consulta 29 de Marzo de 2016].
- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE [en línea], núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058).  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> [Consulta 12 de Marzo de 2016].
- España. Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. (BOE [en línea], núm. 247, de 15 de octubre de 2015, páginas 95715 a 95746).  
<https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/15/pdfs/BOE-A-2015-11070.pdf>  
[Consulta 9 de Marzo de 2016].