

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRÉSIDES ET PRO

Revista

Enero 2021

47

Revista Penal

Penal

Enero 2021



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 47

Sumario

Doctrina:

– Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho Penal, por <i>María Acale Sánchez</i>	5
– Criminalizing Lifestyles of “Asociality” in Germany. The Historical Experience and a Potential Grounding in the Doctrine of “Functionalism”, por <i>Lars Berster</i>	24
– Algunas notas para el análisis del delito de administración desleal, por <i>María Victoria Campos Gil</i>	31
– Cumplimiento y responsabilidad penal. Sobre la responsabilidad del empresario en la existencia de un oficial de cumplimiento (compliance officer). Criterios generales de imputación. Observaciones sobre el Derecho penal brasileño, por <i>Alexis Couto de Brito</i>	41
– Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal “del amigo”: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco), por <i>Beatriz García Sánchez</i>	61
– Aproximación al estudio del delito de prevaricación judicial, por <i>Pilar Gómez Pavón</i>	84
– La financiación ilegal de partidos políticos y el blanqueo de dinero, por <i>Daniel González Uriel</i>	104
– Los valores tradicionales como bienes jurídicos protegidos también en el ciberespacio: a propósito del confinamiento provocado por la crisis sanitaria del COVID-19, por <i>Jon López Gorostidi</i>	126
– Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i>	153
– Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	176
– Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica, por <i>Fernando Navarro Cardoso</i>	193
– El tratamiento de la aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones discriminatorias contra los habitantes de la calle, por <i>Héctor Olasolo y Clara Esperanza Hernández Cortés</i>	227
– El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia, por <i>Wendy Pena González</i>	248
– Las empresas transnacionales y la protección de la vida y salud de los trabajadores. Una propuesta político-criminal para la persecución global del delito de riesgos laborales, por <i>Lucía Remesaro Coronel</i>	263
Sistemas penales comparados: Aporofobia y Derecho Penal (<i>Aporophobia and criminal law</i>)	283

Bibliografía:

– Recensión: “The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings: A Comparative View”, de Lorena Bachmaier, Stephen C. Thaman y Veronica Lynn (eds.), por <i>Antonio Martínez Santos</i>	338
--	-----

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



am
Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Waßmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Demelsa Benito Sánchez (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Aproximación al estudio del delito de prevaricación judicial

Pilar Gómez Pavón

Revista Penal, n.º 47. - Enero 2021

Ficha técnica

Autor: Pilar Gómez Pavón

Adscripción institucional: Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Abogada.

Title: Approach to the study of the crime of judicial prevarication

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES. III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL DESDE EL MARCO CONSTITUCIONAL. IV. LOS AUTORES DEL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL. V. RESOLUCIÓN O SENTENCIA. VI. SOBRE LA INJUSTICIA DE LA RESOLUCIÓN A LA LUZ DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. VII. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL: 1. Sobre la tipicidad subjetiva; 2. Sobre la clasificación en relación con el tipo de procedimiento.

Summary: I. INTRODUCTION. II. CONSTITUTIONAL BUDGETS. III. THE LEGAL GOOD PROTECTED IN THE CRIME OF JUDICIAL PREVARICATION FROM THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK. IV. THE AUTHORS OF THE CRIME OF JUDICIAL PREVARICATION. V. RESOLUTION OR JUDGMENT. VI. ABOUT THE INJUSTICE OF THE RESOLUTION IN THE LIGHT OF THE PROTECTED LEGAL GOOD. VII. SOME REFLECTIONS ON THE CRIMES OF JUDICIAL PREVARICATION: 1. On the subjective typicity; 2. On the classification in relation to the type of procedure.

Resumen: El trabajo analiza el delito de prevaricación judicial en el Código penal español, desde el reconocimiento en la Constitución española de 1978 del tercer poder del Estado, constituido por el Poder Judicial, que hace que no pueda considerarse este delito como una infracción del deber de servicio de un funcionario con la ciudadanía, y que de otra parte cuestiona la oportunidad y corrección del sistema seguido por el texto penal, ya que al señalar como interés jurídico protegido el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24, 1 de la Constitución, no parece posible considerar incluidos hechos cometidos por quien no tiene competencia para aplicar la ley y, por tanto conseguir la efectividad del citado derecho fundamental. Concreción del bien jurídico que obliga a una interpretación en función de las consecuencias que de ello se derivan.

Palabras clave: actividad jurisdiccional, autoría, resolución judicial, injusticia.

Abstract: The work analyzes the crime of judicial prevarication in the Spanish Criminal Code, since the recognition in the Spanish Constitution of 1978 of the third power of the State, constituted by the Judicial Power, which means that this crime cannot be considered as an infraction of the duty of service of an official with the citizenship, and who, on the other hand, questions the timeliness and correctness of the system followed by the penal text, since by indicating as a protected legal interest the right to effective judicial protection of Article 24, 1 of the Constitution, does not It seems possible to consider including acts committed by someone who does not have competence to apply the law and, there

fore, to achieve the effectiveness of said fundamental right. Specification of the legal right that requires an interpretation based on the consequences derived from it.

Key words: jurisdictional activity, authorship, sentence, injustice.

Rec: 12/08/2020

Fav: 29/09/2020

I. INTRODUCCIÓN

El delito de prevaricación judicial tipificado en los artículos 446 a 449 del CP, recoge comportamientos delictivos cometidos por miembros de la judicatura, integrados en uno de los tres poderes del Estado, el Poder Judicial, precisamente aquel a quien está encomendada la aplicación de la ley. Por ello, como veremos a continuación, jueces y magistrados tienen garantizadas la independencia e inamovilidad en el desempeño de su cargo, para que de esta forma no se vean constreñidos a una determinada aplicación de la norma.

No mantener esta independencia pondría en cuestión el imperio de la ley, básico en cualquier sociedad democrática. La independencia judicial ha sido históricamente una batalla que ha costado, como otras muchas, ganar, y que no se deben considerar definitivas ni inamovibles.

Y precisamente la función del Poder Judicial, ejercida a través de los órganos jurisdiccionales, hace que la infracción de su deber pueda constituir una de las formas más graves de corrupción; unos jueces al margen de cualquier sospecha es algo imprescindible en toda sociedad que se considere un Estado de Derecho.

Los límites de este trabajo impiden un análisis completo de los arts. 446 a 449 CP, por lo que nos limitaremos al estudio del primero de ellos, haciendo referencias en cuanto a elementos comunes al resto de los preceptos.

II. LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES

La CE de 1978 proclama en el Preámbulo que una de sus finalidades es “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”¹.

Y dedica su Título VI (Del Poder Judicial) a reconocer y recoger este Tercer Poder de todo Estado de Derecho. Según el artículo 117 del texto constitucional,

la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados. Declarando que el Poder Judicial es independiente, inamovible y sometido al imperio de la ley, no pudiendo ser sus miembros separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, “sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley”.

Tal como se ha señalado por la doctrina española, solo desde este reconocimiento, y de la propia denominación de Poder Judicial y no Administración de Justicia, se puede interpretar el delito de prevaricación judicial recogido en el Código penal español en los artículos 446 a 449; según Tomas y Valiente “cuando el constituyente de 1978 dedicó el Título VI de la Constitución al Poder Judicial y no a la Administración de Justicia, realizó una elección tan consciente como significativa”².

Poder Judicial integrado por los miembros de la judicatura (jueces y magistrados), solo sometido al imperio de la ley, incluyendo la Constitución, como no podía ser de otro modo, lo que no excluye la labor interpretativa esencial en la aplicación de la norma³. Dentro de un Estado de Derecho, y precisamente por la necesidad de aplicar la ley, es básico el principio de independencia judicial, que siguiendo a Pedreira Gonzalez no la predica la Constitución del propio Poder Judicial, sino de cada uno de sus miembros; principio en el que podrían distinguirse tres dimensiones: a) la personal, que garantiza que no esté sujeto a decisiones de terceros en el ejercicio de su función jurisdiccional, b) la funcional, que asegura la ausencia de influencia o injerencia de otros órganos, c) orgánica, que garantiza la ausencia de subordinación jerárquica, d) incluso un aspecto económico, con la garantía de un sistema retributivo autónomo y suficiente⁴.

Como acabamos de decir, solo teniendo en cuenta estos presupuestos constitucionales se puede proceder al análisis del delito de prevaricación judicial, a la delimitación de su interés jurídico protegido, posibles

1 Lo que es predicable para cualquier Estado que se proclame de Derecho

2 TOMÁS Y VALIENTE, *Poder Judicial y Tribunal Constitucional*, en Poder Judicial, nº Especial XI, dedicado a “El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la Sociedad”, 1986, p. 13

3 La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 75/1984, de 27 de junio señala que la única limitación a la interpretación es el dogma de la legalidad

4 PEDREIRA GONZÁLEZ, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 2007, p. 32 y 33, siguiendo a MERINO MERCHÁN, *Instituciones de Derecho Constitucional español*, Madrid, 1994, p. 568 y ss.

autores e incluso a la interpretación del significado de resolución o sentencia injusta.

Es importante, como señala Ramos Tapia⁵, la fundamentación democrática del Poder Judicial que viene dada por la vinculación del juez a la ley, que se “*configura no como una más de las características de la función jurisdiccional sino como característica nuclear, a la que sirven de garantías las demás*”. De esta forma la inamovilidad y la independencia son instrumentales para que se pueda conseguir el efectivo sometimiento a la ley de jueces y magistrados, en tanto que la ley expresa la voluntad general. Vinculación a la ley que en este momento no puede entenderse como pretendían los revolucionarios franceses como ejecución mecánica y automática de la ley; la interpretación de la ley es hoy indiscutible, lo que lleva a plantearse los límites a esa interpretación y el establecimiento de la responsabilidad de los miembros de la judicatura en caso de extralimitarse o infringir esa característica de sometimiento a la ley.

Y esa es precisamente la razón que permite el mantenimiento del delito de prevaricación judicial en los textos penales; depurar las responsabilidades por los hechos más graves cometidos por jueces y magistrados en el ejercicio de su función por infracción del sometimiento a la legalidad.

Si como hemos dicho, jueces y magistrados solo deben estar sometidos a la ley, de tal forma que el fallo sea independiente de consideraciones de otro tipo —la vulneración de lo que es un deber—, no cabe duda de la oportunidad del empleo del Derecho Penal para combatir los hechos más graves cometidos en la función jurisdiccional. Empleo del Derecho Penal porque la vulneración del sometimiento a la legalidad por parte de jueces o magistrados, supone la quiebra de uno de los principios fundamentales de todo Estado de Derecho; la persona encargada de la aplicación de la ley es precisamente la que impone su voluntad a la voluntad general encarnada en la norma jurídica emanada del poder legislativo.

Considerar que nos encontramos ante tipos delictivos cometidos por las personas encargadas constitucionalmente de la aplicación de la ley, condiciona la interpretación que se haga de la regulación penal.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL DESDE EL MARCO CONSTITUCIONAL

Lo dicho en el apartado anterior determina el objeto de protección del delito de prevaricación, que se regula en el CP español en el artículo 446, en el Título XX, Delitos contra la Administración de Justicia, Capítulo Primero, De la Prevaricación, en los siguientes términos: “*El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1º Con la pena de uno a cuatro años si se trata de una 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. 2º Con la pena de multa de seis a doce meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratase de una sentencia injusta contra reo dictada en proceso por delito leve. 3º Con la pena de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injusta*”⁶

En los diferentes Códigos Penales, la prevaricación judicial se regulaba conjuntamente con la administrativa, con algunas excepciones puntuales. Como ya hemos adelantado en apartado anterior de este trabajo, la separación de los delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia, no puede dejar de ignorarse. Aun cuando la concreta ubicación de un tipo penal en el Código Penal no determina su interpretación, si debe tomarse en cuenta⁷. Y en concreto en estos delitos, tanto contra la Administración Pública como contra la Administración de Justicia, su regulación en gran medida constituye un reflejo del modelo de Estado existente en cada momento y lugar. La unión de la regulación conduce a identificar los denominados delitos de funcionarios con las infracciones de los deberes del cargo, la razón de la regulación conjunta sería la condición de funcionario público del autor⁸.

Este planteamiento lleva a considerar, como ya hemos dicho, la infracción del deber del funcionario frente al Estado como núcleo del injusto, lo que en gran

5 RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, pp. 47 y ss

6 Los artículos 447, 448 y 449 del Código Penal español regulan delitos equiparados en su denominación al de prevaricación judicial, como la modalidad imprudente, por imprudencia grave o negligencia inexcusable (artículo 447), negativa a juzgar pretextando insuficiencia, oscuridad o silencio de la Ley (artículo 448), y retardo malicioso, que pueden cometer no solo jueces y magistrados, sino letrados de la Administración de Justicia y otros funcionarios, que debería entenderse limitados a los de la Administración de Justicia (artículo 449). Sobre la conveniencia del último de estos preceptos volveremos más adelante.

7 En este sentido OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, p. 2.

8 *Idem*, ob. cit., p. 18

medida supone renunciar a la búsqueda de un interés protegido en cada uno de los tipos penales⁹. Postura criticada en la doctrina española¹⁰ ya que hacía girar la ilicitud sobre la relación del funcionario con el Estado, como si este solo actuará en interés de la Administración, en último término del Estado. La labor del funcionario solo se puede entender en un Estado Democrático y Social de Derecho, en relación con el servicio a los ciudadanos¹¹. Lo que obliga a reinterpretar el bien jurídico protegido, que ya no puede ser la Administración y, consecuentemente fundamentarse sobre la relación del autor con esta.

La regulación conjunta de la prevaricación administrativa y judicial condiciona en gran medida que la interpretación de este último tipo penal se realice sobre la función de jueces y magistrados en relación con el servicio prestado a los ciudadanos, renunciando a buscar un objeto jurídico de protección específico para este el delito de prevaricación judicial, lo que entendemos contradice la propia división de poderes de un Estado de Derecho.

Como ya hemos mencionado el Código Penal de 1995 separa los delitos de prevaricación, distinguiendo la administrativa, que continúa entre los delitos contra la Administración Pública de la judicial, que se regula ahora junto con otros delitos atentatorios contra la Administración de Justicia. El cambio de ubicación de los artículos 446 a 449 del CP español consideramos que constituye un acierto por parte del legislador, pero no con ello acaban los problemas interpretativos, ni siquiera se puede afirmar que esta colocación de los citados preceptos es la más conveniente.

Los delitos de prevaricación judicial, se regulan en el Título XX, bajo la rúbrica de Delitos contra la Administración de Justicia, en el Capítulo Primero, De la Prevaricación. En una primera lectura, la rúbrica del Título puede llevar a identificar la propia Administración de Justicia con el interés jurídico protegido en estos preceptos. Ahora bien, la lectura de los diversos tipos regulados en este Título XX, junto con los condicionantes constitucionales, no permiten llegar a esta conclusión, ni tampoco al mantenimiento de un único bien jurídico tutelado en todo el Título.

En el CP español se recogen como delitos contra la Administración de Justicia, los que son objeto de este trabajo (la prevaricación judicial), junto con otros cometidos por particulares (omisión de impedir determinados delitos, el encubrimiento, realización arbitraria del propio derecho, acusación y denuncia falsa, falso testimonio, algunas modalidades de obstrucción a la Justicia, quebrantamiento de condena), junto con otros cometidos por profesionales jurídicos, como algunos supuestos de obstrucción a la Justicia o deslealtad profesional. Mantener un único bien jurídico en todos estos casos nos parece imposible, y más en relación con el delito de prevaricación judicial, en cualquiera de sus modalidades.

Paso previo para poder concretar el interés jurídico protegido es establecer que se entiende por Administración de Justicia, que en modo alguno se puede identificar con el Poder Judicial, ni tampoco con la función jurisdiccional exclusiva según la CE de jueces y magistrados. La Administración de Justicia, sin entrar ahora en mayores concreciones, está constituida por el conjunto de medios, personales y materiales, puestos a disposición de jueces y magistrados para el ejercicio y desempeño de su función jurisdiccional, pero esto no significa que pertenezcan al Poder Judicial, ni que estos puedan incluirse en la Administración de Justicia junto con letrados de la Administración de Justicia, trámites...

El CP no excluye expresamente del concepto de funcionario público a jueces y magistrados. Así en el artículo 24, 1 define a los solos efectos penales como autoridad “*al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia*”, incluyendo expresamente a los miembros del Ministerio Fiscal. Y el número 2 del mismo artículo establece, también a los solos efectos penales, que “*Se considera funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*”

La conveniencia de incluir en el artículo 24 del Código Penal a jueces y magistrados es discutible si se quiere mantener la separación entre la Administración

9 Admitiendo la infracción del deber como fundamento del injusto, ver por todos JAKOBS, “*Derecho Penal. Parte General*”, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid, 1997, pp. 44 y ss. En relación con el delito de prevaricación judicial, RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, pp. 136 y ss.

10 Ver por todos OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ob. cit.*, pp. 240 y ss. Obra fundamental para comprender y conocer la interpretación de los antes denominados delitos de funcionarios en la legislación española tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. Ver también ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, pp. 209 y ss.

11 Al respecto, ver PEDREIRA GONZÁLEZ, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, Madrid, 2007, p. 39 a 42. RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, pp. 95 y ss. FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2002, pp. 22 y 23.

de Justicia y el Poder Judicial, aunque los artículos 446 a 448 limiten la autoría en estos delitos a ellos¹².

Entrando en el estudio del bien jurídico, por la doctrina española se han señalado la propia Administración de Justicia como Poder Judicial, como servicio público, el proceso legal y la tutela judicial efectiva.

La Administración de Justicia entendida como expresión del Poder Judicial ha sido defendida por Quintero Olivares¹³, quien reconociendo que la Administración de Justicia es Administración como puede ser la militar, considera que al entenderla sin más como Administración “*quedarían diluidas las razones de su tratamiento separado*”, que de acuerdo con el autor acabado de citar se corresponde con el reconocimiento de la separación de poderes. En contra, entre otros, Pedreira González¹⁴, para quien aceptar que estos delitos se refieren al Poder Judicial y aquellos que atacan a la Administración Pública se referirían al Poder Ejecutivo, llevaría a negar la posibilidad que jueces y magistrados pudieran cometer otros delitos comprendidos entre estos últimos, como puede ser el cohecho, entre otros. A esta crítica debe añadirse que, como ya hemos adelantado en líneas anteriores, no todos los delitos del Título dedicado a los denominados contra la Administración de Justicia, vulneran o atacan al Poder Judicial como uno de los del Estado de Derecho. En cualquier caso, que se considere a la Administración de Justicia como equivalente a Poder Judicial no excluye que uno de sus miembros no pueda cometer otros delitos, como puede ser el de cohecho.

También se ha señalado que el interés jurídico protegido es la Administración de Justicia, pero entendida como servicio público. Tesis que se desarrolló para el CP de 1973 y mantenida por algunos autores para la ley actual¹⁵. La tesis es única para estos delitos y los cometidos contra la Administración Pública, entendida no como un deber de los funcionarios con la propia Administración, sino como un servicio público que se presta a los ciudadanos; la relación sería no entre la Administración y el funcionario, sino entre la Administración y

los ciudadanos. Mientras los delitos contra la Administración Pública sancionan los ataques más intolerables en ese ámbito, los cometidos contra la Administración de Justicia afectarían al servicio que se presta a los ciudadanos en este sector.

La tesis acabada de exponer ha sido también objeto de críticas, fundamentalmente porque jueces y magistrados pueden cometer otros delitos como la malversación que afectarían a la Administración de Justicia, pero que están contenidos en Título diferente, en el de los delitos contra la Administración Pública¹⁶. Ampliamente Ramos Tapia, crítica que esta tesis conduce a la identificación de Administración Pública y Administración de Justicia, como servicio a los ciudadanos. Siguiendo a esta autora, la actividad jurisdiccional de jueces y magistrados no puede entenderse como un servicio prestado por la Administración a los ciudadanos por unos determinados funcionarios (jueces y magistrados), en cumplimiento del artículo 103 de la CE de 1978; en ese caso ambos Títulos estarían protegiendo el mismo bien jurídico. Si el análisis de estos delitos debe partir de los presupuestos constitucionales, tal como hemos dicho en líneas anteriores, no puede considerarse que la potestad jurisdiccional tenga como finalidad la prestación de un servicio público o la satisfacción de intereses generales. La función de jueces y magistrados, como integrantes del Poder Judicial, es la realización del Derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado¹⁷. Lo que no significa para esta autora desconocer que la Administración de Justicia también presta servicios ajenos a la función jurisdiccional, aunque “*El delito de prevaricación judicial queda, sin embargo, completamente fuera de esa perspectiva prestacional de la Administración de Justicia y de la condición de juez como funcionario público*”. Cuando jueces y magistrados ejercen una función jurisdiccional son una manifestación de un poder del Estado, y solo pueden ser controlados en sede jurisdiccional¹⁸.

Defendiendo un único objeto de protección jurídica en todo el Título XX (Delitos contra la Administración

12 Se excluye de esta limitación estricta en orden a la autoría el artículo 449, que establece: “1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el juez, magistrado o secretario judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima. 2 Cuando el retarde sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mita inferior”. El texto del precepto acabado de transcribir vuelve a considerar como funcionarios a jueces y magistrados.

13 QUINTERO OLIVARES, *Los delitos contra la Administración de Justicia*, en Revista Jurídica de Cataluña, número extra dedicado al Proyecto de Código Penal de 1989, año LXXIX, 1980, p. 192

14 PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 45.

15 Entre otros OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ob. cit.*, pp. 242 y ss; GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pp. 26 y ss.

16 PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 46. Tras la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el delito de malversación se mantiene entre los delitos contra la Administración Pública, pero su regulación varía sustancialmente. Ahora el artículo 432 se remite al artículo 252, el denominado delito de administración desleal.

17 RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, pp. 315 y ss.

18 *Idem*, *ob. cit.*, p. 121

de Justicia), Güidi Clas¹⁹ considera que es el propio proceso legal: “...Si se escoge el proceso legal, como bien jurídico protegido, no es incompatible con la rúbrica del mismo —uno comprende al otro—, pues no se concibe la protección de un proceso legal, sin un antecedente inmediato: la protección de la administración de justicia o la función jurisdiccional, que lo coordina con la aspiración que tiene cualquier ciudadano de ver cumplido su derecho constitucional de tutela judicial efectiva”.

En esta línea se ha mantenido que estos delitos protegen el derecho de las partes del proceso, en tanto que una resolución injusta causa un perjuicio a los intereses o derechos de las partes, lo que en palabras de Bacigalupo, supone que “la lesión del bien jurídico del Estado se produce a través de la lesión de un bien jurídico particular”²⁰, para quien, a pesar de ello “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”. El delito de prevaricación judicial según este autor, no debería distinguir según el tipo de proceso o de resolución que se adopte, ya que el bien jurídico “es la obligación de independencia en la administración de justicia y en la aplicación del derecho”²¹.

Antes de tomar postura en relación con el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación judicial, queremos hacer mención a la teoría que mantiene la infracción institucional como fundamento del ilícito, al considerar que desde cualquiera de las posturas mantenidas por la doctrina “difícilmente puede prescindirse en la esencia del ilícito de la infracción de un deber por parte del juez en el ejercicio de su función jurisdiccional”. Deber que no tiene su origen en la relación del autor (juez o magistrado) con el Estado, “sino de la propia posición jurídica que ocupa el Juez en relación con la administración de justicia”, sería un delito de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional de acuerdo con la categoría señalada por Jakobs²². Se lesionaría así la expectativa que la relación institucional permite mantener, decepcionando la

expectativa que las instituciones elementales funcionen de forma ordenada²³.

Para Ramos Tapia²⁴, partidaria de esta tesis, el juez o magistrado es garante respecto al bien administración de justicia, y siguiendo a Jakobs, considera que cuando se dicta una resolución injusta por parte del Juez, este “no realiza una lesión de la administración de justicia como bien jurídico, sino que como señala el propio JAKOBS, no tiene lugar una verdadera administración de justicia en caso de prevaricación”²⁵.

En estos delitos el autor no tiene que responder por la afección de un bien por su propio actuar, sino positivamente por la relación en la que se encuentra con el, que en delitos como la prevaricación judicial que pueden afectar a instituciones fundamentales, hacen que el posible autor se constituya en garante. Para Ramos Tapia²⁶, “la esencia del ilícito de la prevaricación judicial no puede desconocerse que la relación entre el juez y la administración de justicia no puede definirse de un modo negativo como un mero no lesionar o no-poner en peligro el bien de la justicia o de la realización del Derecho...sino que esa relación está definida positivamente, en cuanto que el juez debe garantizar dicho bien”. “Con el delito de prevaricación judicial por dictar resolución injusta el legislador pretende asegurar penalmente el cumplimiento por parte del juez de su deber de garante en la realización del Derecho en la administración de justicia, sancionando el incumplimiento de un deber esencial de su estatus o posición funcional en el Estado Constitucional de Derecho: la exclusiva sumisión al ordenamiento jurídico”.

Sin entrar ahora a discutir la posición de garante del juez en relación con el interés jurídico protegido, la tesis defendida en España por Ramos Tapia parte de una identificación entre Administración de Justicia y actividad o función jurisdiccional, lo que entendemos no es posible. Si atendemos a los presupuestos constitucionales ya dichos al inicio de este trabajo, no puede considerarse que el deber que puede existir para los miembros de la judicatura lo sea con la Administración de Justicia.

El artículo 117 del texto constitucional español recoge al Poder Judicial como tercer poder dentro del Esta-

19 GÜIDI CLAS, *El delito de prevaricación judicial en España y en el Derecho Comparado*, Barcelona, 2006, pp. 136 y 137.

20 BACIGALUPO, *La reforma de los delitos de funcionarios*, en Estudios sobre la parte especial del derecho penal, 4º, ed., Madrid, 1997, p. 348 y 352.

21 *Idem*, ob. cit., p. 453

22 RAMOS TAPIA, ob. cit., pp. 136 y ss., citando a JAKOBS, ob. cit., pp. 52 y 53.

23 Al respecto ver JAKOBS, ob. cit., pp. 1 a 7; también dentro de la bibliografía española SÁNCHEZ-VERA y GÓMEZ TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, enero-abril, 1995, pp. 212 y ss.

24 RAMOS TAPIA, ob. cit., pp. 138 y ss.

25 JAKOBS, ob. cit., pp. 52 y 53.

26 *Idem*.

do del Derecho, supeditado exclusivamente al imperio de la ley, encargados del cumplimiento de la ley, para lo que se garantizan la independencia e inamovilidad de sus miembros. Y dentro de ese Poder del Estado entendemos que no cabe considerar incluida la Administración de Justicia.

Se hace por tanto preciso distinguir en la concreción del interés jurídico protegido la Administración de Justicia, como conjunto de medios personales y materiales puestos a disposición del Poder Judicial para el cumplimiento de su función, del propio Poder Judicial, encargado de la aplicación de la ley, con exclusivo sometimiento a la misma, y por tanto no integrado en el organigrama de la Administración del Estado.

Ese Poder Judicial se ejerce a través de la denominada función jurisdiccional, que en último término no es más, ni menos, que la aplicación de la ley, de acuerdo con criterios legales y de razonabilidad. Función jurisdiccional que es obvio que no cumplen todos los operadores jurídicos.

Esta diferencia consideramos que es esencial para el establecimiento del bien jurídico, más si no perdemos de vista que la ley emana de la voluntad general; por ello es esencial ese sometimiento del Poder Judicial a la ley, pero también su inamovilidad e independencia, que como hemos dicho garantizan la aplicación de la ley, librando al juez de presiones e influencias que puedan condicionar sus resoluciones²⁷.

Poder jurisdiccional que como tal posibilita la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos en que es concebida por el Tribunal Constitucional español, que comprende desde el derecho de acceso a los tribunales, a obtener de ellos una resolución fundada en Derecho de aquello que se les somete, hasta como consecuencia de ello que esa resolución además de estar fundada en Derecho explique las razones de su dictado. Y dentro de este derecho, no debe olvidarse por lo que significa en cuanto al establecimiento de la injusticia o justicia de la resolución, el derecho a los recursos.

Puede pues, señalarse como bien jurídico protegido en los artículos 446 a 449 el propio derecho a la tutela judicial efectiva, que en este caso se ejerce mediante la función jurisdiccional, lo que hace cuestionable la oportunidad de incluir al Letrado de la Administración

de Justicia y a cualquier otro funcionario en el artículo 449 del Código penal.

Somos conscientes que señalar el derecho a la tutela judicial efectiva como objeto jurídico de protección en los delitos de prevaricación judicial plantea problemas, en tanto no puede obviarse que se trata de un interés jurídico inmaterial hasta un cierto punto; aunque estos problemas entendemos que deben solucionarse en sede de tipicidad al establecer que debe entenderse por sentencia o resolución injusta.

En último término, los artículos 446 a 449 del texto penal protegen el derecho de todo ciudadano a obtener la tutela judicial de sus intereses, mediante una resolución de fondo, dictada con todas las garantías jurídicas previstas en nuestro ordenamiento jurídico²⁸, lo que condiciona la calificación jurídica como delito de prevaricación judicial de resoluciones correctas a las que se llega con infracción de esas garantías.

Aún cuando ya lo hemos adelantado en lo dicho en líneas anteriores, establecer que el derecho a la tutela judicial efectiva es el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación judicial, responde a los principios y necesidades propias de un Estado de Derecho. El Poder Judicial no es un órgano más de la Administración Pública, como no lo es el Congreso de Diputados, ambos constituyen dos de los poderes del Estado, y como tal deben ser entendidos y tratados por el ordenamiento jurídico. De poco serviría un Poder Legislativo si finalmente no hubiera alguien encargado de la aplicación de las leyes que emanan de ese poder; y esa es precisamente la función del Poder Judicial dentro del Estado de Derecho, aplicar y hacer cumplir las leyes.

Competencia que no es la de la Administración de Justicia, que como hemos dicho no es más, ni menos, que los instrumentos puestos por el Estado para que el Poder Judicial pueda cumplir con la función encomendada constitucionalmente, pero que no tienen capacidad ni competencia para aplicar la ley, para resolver los conflictos que puedan existir en relación con esa aplicación.

Entendido así el bien jurídico, consideramos que la ubicación en el Código Penal español de estos delitos de prevaricación judicial no es del todo correcta. Es cierto que no puede regularse conjuntamente con la prevaricación administrativa, pero tampoco es un

27 Resulta indudable que el juez, como cualquier persona, viene de alguna manera condicionado por circunstancias tanto personales como de otra índole, por ejemplo por una determinada ideología, pero en tanto la resolución se corresponda con una de las posibles a tenor de la legalidad, no podrá tacharse la misma como contraria al ejercicio de esa actividad jurisdiccional.

28 No puede olvidarse que el régimen de recursos contra las resoluciones judiciales hace que en gran número de casos los posibles defectos o errores de una resolución judicial se puedan reparar mediante ellos; de esta forma solo los casos más graves de vulneración de esa tutela judicial efectiva entrarían en el campo del Derecho Penal, lo que en cualquier caso no es algo excepcional en tanto esta rama del ordenamiento jurídico se ocupa solo de los ataques más graves a los bienes jurídicos más relevantes, en función del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal, y de su consecuencia, el principio de mínima intervención.

delito contra la Administración de Justicia, como si lo puede ser por ejemplo el de falso testimonio.

Posiblemente fuera preferible dedicar un Título propio dentro del Código Penal a los delitos de prevaricación judicial, y de igual forma extraer de ese título o denominación los casos en que el retardo malicioso en resolver no tenga su causa en el juez o tribunal²⁹.

IV. LOS AUTORES DEL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

En la doctrina española se ha debatido quién puede considerarse autor de estos delitos en relación con determinados supuestos, como son los órganos colegiados, los componentes de un tribunal de jurado, el ministerio fiscal y el letrado de la Administración de Justicia, antes Secretario Judicial.

El bien jurídico protegido cumple una serie de funciones en la dogmática penal, en las que no vamos a detenernos ahora, pero que condicionan en gran medida la interpretación que se haga de un determinado tipo penal. Por ello lo dicho en el apartado anterior de este artículo tiene que tener una clara repercusión en la determinación de quién o quiénes pueden cometer este delito.

Parece indiscutible que el Poder Judicial es uno de los que integran el Estado de Derecho, se reconozca o no expresamente en el texto constitucional correspondiente. Y como tal tiene como función y competencia

la aplicación de la ley; función que le compete con exclusividad.

De acuerdo con ello, solo aquellos —órganos o personas individuales— con capacidad para ejercer la actividad jurisdiccional pueden ser considerados autores típicos de los delitos de prevaricación judicial³⁰.

Los artículos 446 a 448 del Código Penal señalan a jueces y magistrados como únicos autores posibles de estos delitos. Hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 el tipo se refería solo al Juez, incluyéndose a los magistrados en el vigente. Nos encontramos ante delitos especiales propios, sin correspondencia con otro común³¹, por lo que solo podrán ser autores del delito quien sea juez o magistrado, la intervención de un *extraneus* solo podrá ser calificada como participación.

La modificación hecha por el Código penal de 1995, incluyendo expresamente el término magistrado ha sido objeto de críticas. Así Ramos Tapia, considera que con el texto anterior quedaba claro que el autor idóneo era aquel que tenía competencia jurisdiccional, sin que con la excepción de Rodríguez Devesa³² se cuestionara que dentro del término juez se comprendía al miembro de un tribunal colegiado con competencia jurisdiccional. Para esta autora si se acude a un criterio formal en la interpretación de magistrado, se puede llegar a considerar autor típico del delito de prevaricación judicial a quien no tiene competencia jurisdiccional: *“si se interpreta el concepto de Juez o Magistrado como un concepto de remisión legal a todos aquéllos sujetos a los que las leyes dan tal denominación, pueden entenderse*

29 Artículo 449 del Código Penal español: *“1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el juez, magistrado o secretario judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.*

2. Cuando el retardo sea imputable a un funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior”

30 El artículo 298 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señalan: *“1 Las funciones jurisdiccionales en los juzgados y tribunales de todo orden regulados en esta Ley se ejercerán únicamente por Jueces y Magistrados profesionales que forman la Carrera Judicial.*

2 También ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial, con sujeción al régimen establecido en esta Ley, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal, los Magistrados suplentes, lo que sirven plazas de Jueces como sustitutos, los Jueces de paz y sus sustitutos”.

Se excluyen los denominados jueces en prácticas, personas que han aprobado la oposición y realizado el curso teórico de la Escuela Judicial, pero que aún no pertenecen a la Carrera Judicial, ni tienen potestad jurisdiccional. Están regulados en los artículos 307, 1 y 216 bis 1 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial. Pueden hacer propuestas de resoluciones o borradores al Juez tutor (miembro de la carrera judicial en cuyo Juzgado se hacen las prácticas), que puede o no aceptarlas y en su caso firmarlas, pero en último término quien resuelve es el Juez titular.

31 La naturaleza de delito especial es opinión prácticamente unánime en la doctrina española, así PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 53 y 54; RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 161; FERRER BARQUERO, *ob. cit.*, p. 43; LÓPEZ JIMÉNEZ, *La legitimación pasiva en el delito de prevaricación judicial*, en La Ley, 266/05; CARRETERO SÁNCHEZ, *Notas sobre la prevaricación judicial dolosa*, La Ley, 2059/02, entre otros. No existe en cambio esta opinión unánime sobre el carácter de delito de propia mano de la prevaricación judicial, en contra OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ob. cit.*, pp. 401 y 407 a 408, para este autor el delito de prevaricación, tanto administrativa como judicial, es un delito de resultado, lo que excluiría poderlo calificar como de propia mano, aunque acoja finalmente una postura similar a la mantenida con posterioridad por FERRER BAQUERO, *ob. cit.*, pp. 43 y ss. para quien la calificación como delito de propia mano se debe realizar atendiendo a si la acción típica debe ser realizada por *“sujetos naturalmente seleccionados —delitos de propia mano—, y aquellas en que la selección se refiere a sujetos jurídicamente determinados por requerir el injusto que concorra cierta cualidad personal —hablándose entonces de delitos especiales propios—*. De acuerdo con esta tesis, el delito de prevaricación judicial no sería un delito de propia mano.

32 RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*. PE, 14ª ed., Madrid, 1995, p. 1133.

*incluidos en el tipo resoluciones dictadas por Jueces y Magistrados en el seno de Tribunales Administrativos o podría llegarse a la conclusión de entender incluidos en el ámbito del delito los miembros del Tribunal Constitucional, en cuanto la LOTC los denomina Magistrados, mientras que habría que excluir a los miembros del Tribunal de Cuentas, o del constitucional cuya actividad en el ámbito de la responsabilidad contable tiene una naturaleza indiscutiblemente jurisdiccional*³³

La interpretación de quién debe considerarse juez o magistrado a efectos del delito de prevaricación judicial debe realizarse de acuerdo con criterios materiales y no formales³⁴. Para Pedreira González es preferible optar por una interpretación extensiva, “*que no una aplicación analógica*”, atendiendo al ejercicio de la potestad jurisdiccional^{35,36}.

Se han planteado cuestiones en orden al establecimiento de la responsabilidad en el caso de los órganos

colegiados. Así Ferrer Barquero, considera que cuando un “*órgano colegiado delinque la problemática es especial, pues se trata de voluntades diversas, dirigidas por un ponente, y existe la posibilidad de disensión que otorga la institución del voto particular*”. Para este autor es posible que “*el Magistrado ponente engañe a sus compañeros y les presente a la firma una resolución de aspecto lícito pero de fondo injustos*”³⁷. Lo que puede ser favorecido por la carga de trabajo que pesa sobre estos magistrados, que puede dar lugar a que tras el previo informe del ponente, el resto de los componentes del tribunal suscriban la resolución sin oponer reparo alguno.

Siguiendo con la exposición de este autor, el mismo se responde a la pregunta que formula sobre la responsabilidad del resto del tribunal en estos casos, concluyendo que no es posible una respuesta global, debiéndose analizar caso por caso, diferenciando entre

33 RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 168.

34 PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 54.

35 *Idem*, *ob. cit.*, p. cit.

36 La Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 101 y ss., crea unos órganos jurisdiccionales denominados Juzgados de Paz. El Juez de Paz tiene competencia en materias penales y civiles, pueden ser legos en Derecho y son nombrados a propuesta del Ayuntamiento correspondiente por un periodo de cuatro años, estando sujetos a la ley y pudiendo ser autores del delito de prevaricación judicial. Ver al respecto la Memoria del Consejo del Poder Judicial, en el Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial, número extraordinario de julio de 1981, pp. 60-64.

La Constitución española de 1978, en su artículo 117, 5, inciso 2º dice: “*la Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución*”. La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en su artículo 1 establece: “*la jurisdicción militar integrante del Poder Judicial del Estado, administra Justicia en nombre del Rey, con arreglo a los principios de la Constitución y las Leyes*”. De acuerdo con los preceptos citados y transcritos, los miembros de la jurisdicción militar deben considerarse jueces y magistrados a efectos del artículo 446 y siguientes del Código Penal, aún cuando en los casos de tribunales militares colegiados no reciban el nombre de magistrado, sino de vocal. A pesar de ello, el Código Penal militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, en su artículo 184 tipifica expresamente el delito de prevaricación judicial en los siguientes términos: “*Los que formando parte de un Tribunal militar o en el ejercicio de funciones judiciales, dictaren a sabiendas sentencia o resolución injusta, serán castigados con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión.*

Si la sentencia fuere manifiestamente injusta y se dictare por negligencia o ignorancia inexcusables, se impondrá la pena en su grado mínimo”

El precepto del Código Penal militar excluye la aplicación de los artículos 446 y 447 del Código Penal en virtud del principio de especialidad previsto en el artículo 8, 1 del Código Penal español, ver Pedreira González, *ob. cit.*, p. 60; Ferrer Barquero, *ob. cit.*, p. 57 y ss.; López Jiménez, *ob. cit.*, p. 1771, considera integrantes del Poder Judicial a los miembros de la jurisdicción militar, resaltando la creación de la Sala Quinta del Tribunal Supremo dedica a resolver los recursos de casación contra sentencias dictadas por esta jurisdicción. Este último autor señala que se trata de la única jurisdicción especial “*que constitucionalmente legitima su subsistencia por permitirlo así el artículo 117, 5 de la CE*”. Siguiendo con lo dicho por López Jiménez, las características de una jurisdicción especial son: “*a) desde el punto de vista formal no se rigen por las disposiciones de la LOPJ, ni forman parte del Poder Judicial, y b) sobre todo, desde el punto de vista material, carecen de independencia frente a los demás poderes del Estado y, de modo especial, frente al Ejecutivo*”, ver en este sentido Gimeno Sendra, “*Introducción al derecho procesal*”, Madrid, 2000, p. 58. A pesar de no depender del Consejo General del Poder Judicial, ni de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal como hemos dicho en líneas anteriores el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio considera a esta jurisdicción integrada en el Poder Judicial, atribuyéndola los principios de exclusividad, independencia, responsabilidad y sometimiento exclusivo al imperio de la ley.

Dada su condición de autor idóneo de los delitos de prevaricación, consideramos que les es aplicable el artículo 449 del Código Penal español, el retardo malicioso en la Administración de Justicia, al no existir precepto similar en el Código penal militar español; lo contrario sería incoherente con la calidad de miembro integrante del Poder Judicial, y conduciría a una laguna de impunidad injustificada. Cuestión diferente es la oportunidad de permanencia del derecho penal militar, y que caso de optarse —como así parece— por mantenerlo, los jueces y tribunales militares no deban estar contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial y sujetos a igual procedimiento de selección.

37 Ferrer Barquero, *ob. cit.*, p. 53, citando al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 22 de noviembre de 1999, luego confirmada por la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001, en la que se declararon prescritos unos hechos, cuando de una lectura somera de las actuaciones se llegaba a la conclusión contraria.

aquellos casos que responden a un sistema de trabajo reiterado y negligente de otros que lo son por el exceso de trabajo que puede pesar en un momento dado, se produce de forma esporádica y descansa en la confianza que se tiene en el compañero. Según el artículo 447 del CP, se trataría de una negligencia inexcusable. En el segundo según Ferrer Barquero, ante una infracción disciplinaria y una sanción de tal naturaleza, pero nunca penal³⁸.

Para López Jiménez³⁹ solo serán responsables penalmente aquellos que hayan votado a favor de la resolución injusta, “*quedando impunes aquellos que hayan votado en contra mediante la formulación de un voto particular*”, pero dejando exentos de responsabilidad criminal a los que desconozcan la injusticia de la resolución “*confiados en la corrección de lo expuesto por el ponente en la sentencia*”, suscribiéndola sin reserva alguna.

Nos parece indudable que, como en cualquier asunto penal, la responsabilidad o irresponsabilidad de una persona en relación con un determinado hecho se tiene que establecer en cada caso, pero esto no es algo especial del delito de prevaricación judicial, sino la norma general de cualquier tipo delictivo.

De la misma forma, y aún cuando se deban tener en cuenta ciertas especificidades, la resolución de un órgano jurisdiccional colegiado no es más que la de cualquier otro en el que concurran varias voluntades; el fallo es el resultado de la voluntad mayoritaria que puede ser unánime o no; si algún magistrado disiente de la ella, puede y debe formular un voto particular, que se incorpora a la sentencia, aunque el fallo sea el correspondiente a la voluntad de la mayoría. Y por otra parte, por imperativo legal, las decisiones de los órganos colegiados debe ser el fruto de una deliberación entre sus integrantes.

No puede olvidarse que la firma de los magistrados que componen el tribunal, implica resolver; si aceptamos que es posible firmar sin haber leído aquello que se firma, estaríamos negando la tutela judicial efectiva al ciudadano. Pero, por otra parte, seguir lo mantenido por López Jiménez, transcrito líneas más arriba, nos llevaría a concluir que aunque no se lea la resolución o sentencia, deberá confiarse siempre en el buen hacer y conocimiento del ponente; nada apoya que se pueda concluir que esa confianza es posible en unos casos si y en otros no. Recordemos que se trata de un órgano co-

legiado, formado por personas a las que se las supone un conocimiento exacto y extenso de la legislación —la mayoría de ellas por no decir la práctica totalidad han superado las pruebas para acceder a la judicatura—, por tanto de acuerdo con lo dicho por el autor citado, en todos los casos se puede confiar en la corrección de lo dicho por el ponente.

Decir que solo son responsables los que conozcan de la injusticia de la resolución o sentencia se corresponde con los principios que inspiran un actual Derecho Penal, pero no ayuda en el establecimiento de esa responsabilidad, ya que hay que partir que el ponente no va a decir que lo que propone es injusto.

Ampararse en la confianza que inspira el ponente no puede nunca conducir a la exención de la responsabilidad penal; todos los componentes del órgano colegiado tienen el deber de conocer aquello que firman, y la exculpación no puede fundamentarse en la infracción del deber. Es cierto que la carga de trabajo sobre los tribunales suele ser alta, pero ello no puede servir para amparar la vulneración de la ley, el incumplimiento del deber que les incumbe a fin de servir a la finalidad del propio Poder Judicial⁴⁰. Si el trabajo que pesa sobre órganos colegiados, posiblemente menor que sobre los unipersonales, es excesivo el remedio no puede ser relajar la exigencia, sino aportar los medios personales y no personales necesarios para hacer realmente efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva.

Distinto es si esa responsabilidad debe ser a título de dolo o de imprudencia grave, lo que habrá que analizar caso por caso, como en cualquier otro delito.

En la doctrina española se ha planteado si los miembros del Tribunal Constitucional son autores típicos del delito del artículo 446 del Código Penal, siendo mayoritaria la respuesta positiva, puesto que aunque regulados en lugar diferente al Poder Judicial en el texto constitucional, la Constitución, en su artículo 123, 1 lo configura como el órgano jurisdiccional superior en materias de garantías. Según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional su función es la interpretación y aplicación de la Constitución, siendo sus miembros inamovibles e independientes, su procedimiento público y a instancia de parte, y sus decisiones —autos, providencias y sentencias— similares en su forma y valor a las jurisdiccionales. A lo que según Pedreira González debe sumarse que la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 80, establece como

38 Quintero Olivares, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1320, considera inviable que todos los componentes del tribunal realicen la misma función que el ponente, pero también lo es sostener que el ponente es quien ha dictado sentencia, puesto que lo impide el principio de legalidad

39 LÓPEZ JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. cit.

40 Firmar confiando en lo que dice el proponente, sin mayor estudio, no excluiría la responsabilidad criminal como norma general en cualquier otro delito.

supletoria el Ley Orgánica del Poder Judicial y la de Enjuiciamiento Civil⁴¹. Para este autor *“no constituye una posición acorde con los principios esenciales de un Estado social y democrático de Derecho, en el que todo poder efectivo debe conllevar una correlativa e ineludible responsabilidad, mantener que los Magistrados del Tribunal Constitucional no pueden cometer prevaricación, quizá el comportamiento más grave e intolerable en el ejercicio de su función...pretender que en estos casos sus miembros no respondan ante nadie de su actuación constituye una interpretación de la ley poco razonable, peligrosa y contraria al principio de igualdad, al establecer un privilegio injustificado en relación con los restantes Jueces y Magistrados”*

Antes de finalizar este apartado, queremos dedicar un espacio a figuras que han suscitado problemas, en parte sin resolver, en la legislación española, como son los miembros del Ministerio Fiscal y los componentes de un Tribunal de Jurado. Y en estos momentos los Letrados de la Administración de Justicia.

El fiscal en la legislación española se rige por el Estatuto del Ministerio Fiscal, y en contra de lo que puede considerarse posición mayoritaria a nivel de derecho comparado, no dirige ni es el encargado de la investigación, que se realiza normalmente en los denominados Juzgados de Instrucción.

La CE de 1978, en su artículo 124, 1 establece la función del Ministerio Fiscal: *“tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social”*. El número 2 de este precepto señala que *“el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación, dependencia orgánica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”*.

La Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico el Ministerio Fiscal recoge los citados artículos de la Constitución. Y en su artículo 2 establece que dicho Ministerio está *“integrado con autonomía en el Poder Judicial”*, lo que no puede llevar a mantener la posibilidad que pueda considerarse autor del delito de prevaricación judicial.

En el artículo 5 del Estatuto se establece que el Ministerio Fiscal puede recibir denuncias, acordar diligencias siempre que no sean limitativas de derechos, que gozan de presunción de autenticidad y deben ser realizadas de acuerdo con los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa. Su duración máxima es de

doce meses, salvo Decreto del Fiscal General del Estado que puede prorrogarla. En cualquier caso, cuando en el curso de la investigación se evidencie la existencia de indicios del carácter delictivo de los hechos, deberá ponerlo en conocimiento del Juzgado de Instrucción, mediante denuncia o querrela, que será quien prosiga la investigación.

Al menos en la legislación española, no parece posible que el Ministerio Fiscal pueda cometer un delito de prevaricación judicial; tal como se dice en la propia Constitución y en su Estatuto, no tienen las garantías de inamovilidad e independencia de jueces y magistrados. El artículo 24 del Estatuto establece que el Fiscal General del Estado *“puede impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones...tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos”*, debiendo el fiscal que recibe la instrucción atenerse a ella⁴².

Es opinión mayoritaria, por no decir unánime, en la doctrina española la imposibilidad que el Ministerio Fiscal cometa un delito de prevaricación judicial, fundamentalmente por dos razones:

1º.No goza de la independencia que es una de las características de jueces y magistrados.

2º.No dicta resoluciones.

En cuanto a lo primero, parece claro que en España, como en gran parte de las legislaciones de Derecho Comparado, el fiscal no es independiente, ni goza de inamovilidad, aunque si está sujeto a la ley al igual que los miembros de la judicatura.

Y en cuanto a lo segundo, una vez iniciado un procedimiento penal es cierto que el Ministerio Fiscal no dicta resoluciones, pero también es igualmente cierto que el contenido de sus informes, solicitudes o escritos, puede de alguna manera condicionar la resolución judicial. Así en relación con la prisión provisional, que no puede acordarse caso de no pedirlo el fiscal o la acusación particular, y al igual en virtud del principio acusatorio, si no se formula escrito de acusación por el fiscal o la acusación particular, no será posible juzgar a esa persona.

Con todo, consideramos que el Ministerio Fiscal no puede ser considerado autor de los artículos 446 a 448 del Código Penal español.

Ahora bien, esta imposibilidad de considerarlo incluido en los términos jueces y magistrados, y no por razones exclusivamente gramaticales, no permite ignorar la laguna legal que esto supone.

Ante ello, se ha optado por considerar que el Ministerio Fiscal cometería un delito de prevaricación administrativa, del artículo 404 del Código Penal español, lo que supone interpretar asunto administrativo cual-

41 PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 60 y 61.

42 Fiscal General del Estado que se nombre por cuatro años a propuesta del Gobierno y que entre una de sus causas de su cese es precisamente el del Gobierno que le ha nombrado.

quiera que no sea jurisdiccional. Es decir, optar por una interpretación extensiva de lo que debe considerarse asunto administrativo, así Pedreira González y Octavio de Toledo y Ubieto⁴³.

Para otro sector de la doctrina, como Ramos Tapia⁴⁴, no es posible integrar el comportamiento del fiscal en el delito de prevaricación administrativa, aunque considere que la prevaricación del fiscal no puede equipararse a la del juez, lo que no significa que se pierda de vista la función que desempeña.

Para López Jiménez, la única responsabilidad del Ministerio Fiscal sería por su participación en el delito cometido por el juez o magistrado, aunque continúa "no obstante, el Juez no está vinculado a la calificación o petición efectuada por el Ministerio Fiscal, por lo que la prevaricación únicamente puede ser atribuida al Juez y no al Ministerio Fiscal"⁴⁵. Como en todos los delitos especiales, la participación, bien como inductor o como cooperador necesario, es posible. Aunque la decisión del juez sea propia, sin estar vinculado a lo dicho por el Ministerio Fiscal, es un hecho que si este no mantiene la acusación, y no está personada acusación particular, la decisión del juez está limitada por el principio acusatorio. Igual podemos decir de la prisión provisional, que solo es posible cuando se solicita por la acusación⁴⁶.

Considerar que el Ministerio Fiscal puede ser el autor típico de los delitos de prevaricación judicial no parece posible, al menos en la legislación española. Pero tampoco parece posible su calificación como un delito de prevaricación administrativa, ya que sin discutir que es autoridad a efectos penales, ni emite resoluciones, ni entendemos que sus informes y escritos puedan considerarse asuntos administrativos, ya que se incorporan en cualquier caso a un procedimiento judicial⁴⁷.

Lo acabado de decir lleva a afirmar que cuando el Ministerio Fiscal emita un informe injusto, no podrá ser considerado autor de un delito de prevaricación judicial, pero tampoco será posible subsumirlo en el artí-

culo 404 como prevaricación administrativa; lo que en último término conduciría a la irresponsabilidad penal del Ministerio Público, que, digámoslo así, podría prevaricar impunemente.

El CP español en su art. 450 regula la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución en los siguientes términos: "1. *El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél*".

Y los artículos 407 y 408, dentro de los delitos contra la Administración Pública, sanciona:

"Artículo 407. *1 A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

2. Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente"

"Artículo 408. *La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación a su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años*".

43 Octavio de Toledo y Ubieto, *ob. cit.*, p. 1518, para quien aun considerando posible esta interpretación, el Código Penal de 1995 no ha solucionado este problema, existiendo una laguna legal.

Para Pedreira González, *ob. cit.*, p. 79, considera que el Ministerio Fiscal cometerá un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 siempre que emita una resolución, así en el ámbito del artículo 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal: "En estos supuestos, así como en todos aquellos en que pueda afirmarse que adoptan una resolución, si esta tuviera un carácter arbitrario podrán incurrir en prevaricación a tenor de lo dispuesto en el artículo 404".

44 Ramos Tapia, *ob. cit.*, p. 209, que señala la contradicción que supone establecer la responsabilidad penal de funcionarios que emiten informes injustos en el campo de los delitos contra la ordenación del territorio (art. 320), patrimonio histórico (art. 322) y el medio ambiente (art. 329), y mantener la impunidad del Ministerio Fiscal, más si se tiene en cuenta que su Estatuto no contempla como falta el incumplimiento del deber de ejercer las funciones por parte del fiscal con sujeción a los principios de imparcialidad y legalidad, "la situación de absoluta irresponsabilidad de los Fiscales por el contenido de sus actuaciones procesales resulta injustificable".

45 López Jiménez, *ob. cit.*, p. cit.

46 Partidario de la tesis negativa a considera que el Ministerio Fiscal podría cometer un delito de prevaricación judicial, parece ser Ferrer Barquero, *ob. cit.*, p. 66.

47 En el mismo sentido López Jiménez, *ob. cit.*, p. cit.; Rodríguez Castro, *El delito de prevaricación judicial y su problemática jurídico-penal*, en Actualidad Penal, nº 17, 1988, p. 857.

El primero de los preceptos citados, aun integrado entre los delitos contra la Administración de Justicia, no entendemos que pueda ser aplicado al Ministerio Fiscal; el artículo 450 tipifica la omisión de cualquier particular de evitar la comisión de delitos y el deber del Ministerio Público no puede ser el mismo que el de otro ciudadano.

Los otros dos preceptos, como hemos dicho se encuentran entre los delitos contra la Administración Pública, y en el artículo 407 es preciso que la omisión del deber de impedir o perseguir delitos se produzca por el abandono del cargo⁴⁸. En el artículo 408 el incumplimiento del deber puede producirse por cualquier tipo de omisión, sin ser preciso abandonar el cargo, que en el fondo sería un comportamiento activo.

No cabe duda que el fiscal es un funcionario público a efectos penales a tenor del artículo 24 del Código Penal español, así como que una de sus funciones es la defensa de la legalidad, y entre ellas promover la persecución de delitos, pero no es esta la única tarea del Ministerio Fiscal. El precepto contempla exclusivamente la modalidad dolosa, ya que se requiere que se omita el deber intencionadamente, y por otra parte iguala el tratamiento con el que se pueda dar a cualquier otro funcionario que tenga como función impedir o perseguir delitos, como pueden ser los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado.

De *lege ferenda* debería en una futura y ya anunciada reforma del Código Penal español, aprovecharse para regular una, si se quiere denominar así, especial prevaricación del Ministerio Fiscal, a la vista de las competencias, funciones y características de esta institución. En tanto esto no se produzca, en la legislación española el fiscal solo será responsable cuando el hecho realizado pueda subsumirse en uno de los dos preceptos acabados de citar.

De esta laguna de impunidad debe excluirse el retardo malicioso en la Administración de Justicia previsto en el artículo 449 del Código Penal español.

También debemos referirnos al Tribunal del Jurado, a sus miembros como posibles autores de un delito de prevaricación judicial.

El artículo 125 de la CE de 1978 recoge el derecho del ciudadano a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado⁴⁹. Con independencia de lo que se pueda pensar de la conveniencia y oportunidad del jurado, su presencia en la legislación española plantea problemas, entre otros y en lo que ahora nos ocupa, en relación con su posible autoría del delito de prevaricación judicial.

La Ley Orgánica del Tribunal de Jurado, en su artículo 3, 3 somete a los miembros del Jurado a los principios de independencia, responsabilidad y sumisión a la Ley, en los términos previstos en el artículo 117 de la Constitución Española para los miembros del Poder Judicial. Y la Disposición Adicional segunda de la citada ley, establece cuatro supuestos en que expresamente puede incurrir en responsabilidad el jurado: 1) por abandonar sus funciones sin causa legítima; 2) por incumplimiento de la obligación de prestar juramento o promesa; 3) por abstenerse de votar; 4) por incumplir el deber de guardar secreto de las deliberaciones. Pero a pesar de su previsión expresa, no puede pensarse que son los únicos ilícitos que pueden cometer⁵⁰.

Siguiendo lo dicho por Alvarez García y Pedreira González⁵¹, la determinación del bien jurídico obliga a considerar a los miembros del jurado como posibles autores típicos de delito de prevaricación judicial, aún cuando en el caso español se trate de legos en Derecho; es un tribunal de justicia, en España compuesto por nueve jueces legos (los miembros del jurado) y uno profesional (el magistrado presidente). En el mismo sentido Ramos Tapia, considera que la rúbrica del Título del Código Penal en que se incluye el delito de prevaricación conduce a considerar que, de acuerdo con esta regulación juez o magistrado es todo aquel que participa, dictando resoluciones en la Administración de Justicia, y que de acuerdo con el texto constitucional, el ciudadano participa de esta función mediante la institución del jurado⁵².

Para López Jiménez⁵³ los argumentos en contra de la consideración como posibles autores típicos de los miembros del jurado no son atendibles, ya que desde el argumento de carácter material que el artículo 446 del Código Penal se refiera a jueces y magistrados, que

48 Los Títulos XXI a XXIV del Código Penal recogen los delitos Contra la Constitución, Contra el Orden Público, De traición y contra la paz o la independencia del Estado, y relativos a la defensa nacional, y Delitos contra la Comunidad Internacional

49 Artículo 125 de la CE de 1978: "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, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales". La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo de Tribunal del Jurado, desarrolla y establece las competencias de esta institución.

50 Ver en este sentido Pedreira Gonzalez, *ob. cit.*, p. 69; Alvarez García y Pedreira Gonzalez, *La prevaricación judicial y el Tribunal del Jurado*, en Revista Jurídica la Ley, nº 6.423, Madrid, 2006, pp. 1 y ss.; La ley digital 289/2006.

51 *Idem*, *ob. cit.*, p. cit. Pedreira Gonzalez, *ob. cit.*, p. 69 y ss.

52 Ramos Tapia, *ob. cit.*, p. 197.

53 López Jiménez, *ob. cit.*, p. cit.

tal como señalan los autores antes citados, no puede ser interpretado en un sentido estrictamente gramatical, juez o magistrado es quien administra justicia, y “en el desempeño de su función tienen que asumir su responsabilidad”, pero continúa: “Ahora bien, esta responsabilidad es únicamente a título de partícipes, es decir como inductores, cooperadores necesarios o simples cómplices al no ser el sujeto idóneo del delito”⁵⁴.

El segundo argumento de carácter procesal, considera que al tener que pronunciarse el veredicto según la *íntima convicción o libre conciencia*, esto supone una dificultad para la persecución práctica del delito de prevaricación judicial⁵⁵. Para López Jiménez la prueba debe ser siempre valorada y resolverse según la libre convicción, apuntando que los miembros del jurado deben motivar la culpabilidad o inculpabilidad del acusado.

Por último en cuanto a la naturaleza del veredicto, el Código habla de resolución o sentencia injusta, y no puede dudarse que estamos en presencia de una resolución, que se caracteriza por su carácter definitivo por poner fin al pleito o a una etapa procesal⁵⁶.

Para este autor, aún admitiendo la responsabilidad penal de los miembros del jurado, lo hace como partícipes, lo que supone poder establecer también la responsabilidad penal del magistrado presidente, que de acuerdo con esta tesis sería el único autor posible. Entendemos que con ello no se resuelve el problema de la responsabilidad del jurado, en tanto que la sentencia finalmente va a depender de su veredicto, por lo que deben considerarse autores idóneos del delito de prevaricación judicial.

Se ha discutido la idoneidad de los Letrados de la Administración de Justicia para ser autores de los delitos de prevaricación administrativa, fundamentalmente de los artículos 446 y 447. La LOPJ, a partir del art. 435 regula la Oficina Judicial, dedicando a partir del art. 440 a los Letrados de la Administración de Justicia. “*Los Letrados de la Administración de Justicia son funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad, ostentando la dirección de la Oficina Judicial*”⁵⁷. Y están sujetos en el desempeño de su función al principio de legalidad e imparcialidad

(art. 452 LOPJ), pero también con el unidad de acción y dependencia: “*Los Letrados de la Administración de Justicia desempeñarán su funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad en todos los casos, al de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial, así como al de unidad de actuación y dependencia*”. Queda clara la autonomía e independencia exclusivamente en relación al ejercicio de la fe pública judicial, pero no en cuanto al resto de las funciones que ejercen.

El problema, cara a su inclusión en los delitos contra la prevaricación judicial, radica en las competencias que ostentan, que en algunos casos si se pueden considerar como resoluciones y que están enumeradas en los artículos 452 a 456 de la LOPJ en lo que aquí interesa. El último artículo citado recoge las funciones como impulsores y ordenadores del proceso. Así es competencia suya el impulsar el procedimiento de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales (art. 456, 1), dictando a tal efecto las resoluciones que sean necesarias para la tramitación del procedimiento, salvo las reservadas por la ley a jueces y magistrados. Resoluciones que se denominan diligencias, y que pueden ser de ordenación, constancia, comunicación o ejecución. Podrán dictar Decretos, que se define como la resolución que emite un Letrado de la Administración de Justicia con la finalidad de admitir la demanda, poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea conveniente o preciso razonar su decisión. Decretos que deberán ser siempre motivados, y que contendrá en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho en que se basen (art. 456,3).

El art. 456, 6 LOPJ se otorga las siguientes competencias, cuando las leyes procesales así lo prevean: 1) Ejecución, salvo aquellas competencias atribuidas en exclusiva a jueces y magistrados, como puede ser la suspensión de la ejecución de una condena a pena privativa de libertad; 2) Jurisdicción voluntaria, tanto tramitación como resolución, y sin perjuicio de los oportunos recursos contra ellas; 3) Conciliación; 4) Tramitación y en su caso resolución de procedimientos monitorios; 4) Mediación; 5) Cualesquiera otros que expresamente se prevean.

El problema se plantea porque en el momento actual los Letrados de la Administración de Justicia no solo

54 En este sentido GONZÁLEZ CUSSAC *Prevaricación judicial de lo general al caso particular*, en *Iuris*, Actualidad y práctica del Derecho, nº 60, abril 2002, p. 29

55 Ver GIMENO SENDRA, *La acción popular, el Jurado y los Tribunales escabinos*, en *Comentarios a la Legislación Penal*, T. I, Madrid, 1982, p. 374.

56 LÓPEZ JIMÉNEZ, *ob. cit.*, Ver GARCÍA ARÁN, *ob. cit.*, p. 103; GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, 1994, pp. 47 y ss.

57 El art. 445 de la LOPJ, establece que las situaciones administrativas y de jubilación de jueces y magistrados serán aplicables a los Letrados de la Administración de Justicia.

desempeñan funciones de dirección y gestión de la oficina judicial, ni como titulares de la fe pública judicial, en los que entendemos no existe objeción alguna para no considerarlos autores idóneos de los arts. 446 y 447 CP⁵⁸.

En cuanto a las diligencias de ordenación, no pueden considerarse resoluciones jurisdiccionales de acuerdo con la LOPJ. Por tanto la cuestión se circunscribe a los Decretos, es decir los previstos en el nº 3 del art. 456 LOPJ⁵⁹. Resolución que no se encuentra comprendida entre las enumeradas en el art. 245 de la citada ley como de contenido jurisdiccional, pero obviamente su contenido excede de una mera ordenación del procedimiento. Si el contenido de un determinado Decreto resuelve sobre cuestiones de fondo, como puede ser la admisión o no de una demanda a trámite, de ejecución de resoluciones jurisdiccionales, resolución de monitorios, excluirlos del ámbito de los artículos 446 y 447 CP, es cuestionable, más si como hemos dicho en apartados anteriores de este trabajo, no debe acogerse un entendimiento gramatical de la expresión jueces y magistrados más después de la reforma de la LOPJ⁶⁰. A favor de la inclusión está su contenido en el sentido acabado de decir, y en contra la propia ley citada que sujeta el ejercicio de las competencias de los Letrados de la Administración de Justicia a los principios de unidad de actuación y dependencia, reservando la autonomía e independencia para el ejercicio de la fe pública judicial. Parece obvio que el ejercicio de funciones jurisdiccionales requiere, de forma imprescindible de las mismas garantías que se fijan para jueces y magistrados, ser independientes e inamovibles, lo que el artículo 452, 1 LOPJ no parece recoger. Al igual que hemos dicho para los miembros del Ministerio Fiscal, la reforma de las funciones de los Letrados de la Administración de Justicia, debería conllevar la de otras normas jurídicas que resultan afectadas, no dejando todo a la interpretación

de los operadores jurídicos. La mínima coordinación legislativa debería imponer una visión conjunta de la normativa legal que impidiera bien lagunas de punibilidad, bien interpretaciones forzadas en mayor o menor medida de la misma.

Con todo el problema solo se presenta en los arts. 446 y 447 CP y dentro del primero, solo en el párrafo primero y número 3º, el 1º y 2º están reservados para el juez o magistrado que dictará una sentencia en los términos típicos de este delito; por tanto excluida la posibilidad que alguien no perteneciente al Poder Judicial dicte este tipo de resoluciones, debe considerarse excluido al Letrado de la Administración de Justicia. La posibilidad de considerarlos incluidos en el art. 448 CP tampoco es posible, ya que el tipo recoge solo al juez o magistrado que se negare a juzgar sin alegar causa legal, por oscuridad, insuficiencia o laguna legal. Y en el 449 están expresamente comprendidos⁶¹.

La referencia a jueces y magistrados de los artículos del CP dedicados a la prevaricación judicial no excluye que puedan considerarse incluidos como autores típicos quien no ostenta esta condición, de esta forma no estamos en presencia de un elemento normativo, a interpretar según lo regulado en la LOPJ, solución acorde con lo dicho más arriba sobre la interpretación no formal de estas expresiones.

A pesar de ello, entendemos que autor del delito de prevaricación judicial solo puede ser aquella persona que goza de independencia e inamovilidad en el desempeño de su cargo, con sujeción exclusiva a la ley; no es posible que la persona encargada de la aplicación de la ley responda a otros condicionantes que la ley. Y de acuerdo con lo acabado de decir, no parece posible considerar a los Letrados de la Administración de Justicia autores idóneos de estos delitos, sin que ello signifique estar de acuerdo con esta solución, por ello de *lege ferenda* sería conveniente y oportuno reformar

58 Indudablemente las decisiones tomadas en orden a la dirección y gestión de la oficina judicial en modo alguno pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, señalado en este trabajo como el derecho a la tutela judicial efectiva. Si fuera la Administración de Justicia entendida en su totalidad podría discutirse, pero entendemos como ya hemos dicho que no es posible considerarla como interés jurídico en estos delitos. En cuanto a la fe pública judicial, no emiten resolución alguna.

59 La LEC recoge en su art. 206, 2 las resoluciones de los letrados de la Administración de Justicia.

60 La LOPJ se modificó en este aspecto con fecha 29 de diciembre de 2015, por lo que la consulta a la bibliografía sobre este problema debe tenerla en cuenta.

61 Siempre para la legislación anterior a la reforma de 29 de diciembre de 2015 de la LOPJ, en contra de la inclusión de los Letrados de la Administración de Justicia, PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 81 y 82; RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, pp. 452 a 455, para esta autora el Secretario Judicial, antes de la citada reforma, puede ser responsable como partícipe de un delito de prevaricación judicial, pero no autor, y siempre que el juez o magistrado sea responsable de este delito. Cita al respecto una sentencia de Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1933 en la que se condenó a un secretario judicial, *"al extender de su puño y letra la resolución cometiendo injusticia"*, porque citando textualmente la sentencia, era *"notorio que participo en actos de ejecución directa en la realización del delito castigado"*, condenando como coejecutor a tenor del anterior artículo 14, 1 CP, que una vez suprimido imposibilitaba esta solución, siendo solo posible su condena como inductor, cooperador necesaria o cómplice del delito de prevaricación judicial. También para la regulación anterior a la modificación citada, FERRER BARQUERO, *ob. cit.*, pp. 67 a 69, negando además la necesidad de una regulación específica para la prevaricación de los entonces Secretarios Judiciales, *"pues su función de dar fe y supervisar el proceso no tiene carácter resolutorio"*. En similar sentido LÓPEZ JIMÉNEZ, *ob. cit.* p. 9 (edición digital)

el texto legal de forma que se recogieran estos hechos, al igual que hemos dicho para los miembros del Ministerio Fiscal.

Nos encontramos de nuevo ante una laguna de punibilidad, en tanto no puede considerarse que los decretos de admisión o inadmisión de demanda, al igual que el resto de las resoluciones ya enumeradas competencia de los Letrados de la Administración de Justicia, puedan ser calificadas de actuaciones administrativas, y en consecuencia susceptibles de integrar el tipo del art. 4040, de prevaricación administrativa, sin perjuicio de en su caso poderse calificar como otros delitos, como puede ser el de cohecho.

V. RESOLUCION O SENTENCIA

El art. 446 CP, en su párrafo primero considera que comete delito de prevaricación judicial quien dicta una resolución o sentencia injusta, aunque luego en sus números 1º y 2º lo limite a la sentencia en el orden penal. El número 3º considera prevaricación cualquier resolución o sentencia injusta no incluida en los dos números anteriores. Diferenciación que afecta a la penalidad, siendo más grave la pena de los números 1º y 2º. Y dentro de esto, distinguiendo según la gravedad del delito que se enjuicia, así como si se ha ejecutado o no la pena en el número 1º.

Las distinciones hechas en este precepto no se corresponden con la lesión al bien jurídico señalado en este trabajo. La tutela judicial efectiva se ataca y lesiona en igual grado con independencia del procedimiento en que se realice o dicte esa resolución o sentencia injusta. No puede entenderse más grave y lesivo una condena o absolución por un delito, que dictar una sentencia en la jurisdicción civil injusta; no se trata de la repercusión que tenga sobre el justiciable, sino del ataque al bien jurídico protegido en este delito.

El art. 448 recoge una modalidad omisiva de prevaricación, se trata de no hacer algo en el primero, de no dictar la sentencia por la negativa a juzgar, lo que limita el ámbito de aplicación de este precepto a la última fase del procedimiento. En cuanto al art. 449 tipifica el retardo malicioso en la Administración de Justicia,

distinguiendo según sea imputable a juez y letrado de la Administración de Justicia, o a cualquier otro.

Se ha cuestionado la conveniencia de haber incluido en el tipo la expresión resolución, ya que acarrea problemas interpretativos, no existentes con la sentencia⁶². El art. 245 de la LOPJ enumera los tipos de resoluciones judiciales: providencias, autos y sentencias. Y el 248 del mismo texto legal su contenido. Por tanto por resolución deben entenderse las citadas en el primero de los preceptos, así como en los arts. 206, 1 de la LEC y 141 de la LECrim. Nos encontramos ante elementos normativos del tipo, que para su interpretación nos remiten a lo dispuesto en los citados preceptos legales.

Con todo se ha planteado que jueces y magistrados pueden dictar resoluciones que no sean actos jurisdiccionales que habría que calificar en su caso como prevaricación administrativa⁶³. Si el bien jurídico protegido es la tutela judicial efectiva, aquellas resoluciones que no supongan el ejercicio jurisdiccional no podrán estar incluidas en el tipo.

En la doctrina se ha planteado el problema de la denominada jurisdicción voluntaria, reformada por ley 15/2015, de 2 de julio, ya que para la doctrina procesalista las resoluciones dictadas en este ámbito no reúnen las características de los actos jurisdiccionales, al contrario que para la doctrina penalista⁶⁴. La jurisdicción voluntaria no reuniría, según los partidarios de excluirla del ámbito de la prevaricación judicial, las características de la jurisdicción, como son la aplicación del Derecho, potestad exclusiva de jueces y magistrados, que dictan resoluciones irrevocables, haciéndolas ejecutar⁶⁵, que implican siempre una solicitud de parte, dando lugar a una controversia que falta en la jurisdicción voluntaria. Para el art. 1, 2 de la Ley de jurisdicción voluntaria 15/2015, de 2 de julio, se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos que requieran de la intervención de un órgano jurisdiccional para la "tutela de derechos e intereses", sin que exista controversia. Falta de controversia que no excluye el dictado de una resolución injusta, tal como señala Ferrer Barquero⁶⁶, aunque no se produzca enjuiciamiento alguno, en tanto el juez no tiene que resolver una controversia entre partes.

62 En este sentido PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 94 a 102.

63 Ver PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 97, siguiendo a OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ob. cit.*, pp. 126 y ss. También FERRER BARQUERO, *ob. cit.*, pp. 83 y ss.

64 Ver sobre ello, PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.* pp. 101 y ss. Siguiendo a GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional, Tomo III*, 3ª ed., Valencia 2004, p. 853, en la jurisdicción voluntaria, "Estamos ante un conjunto de actos, realizados o no ante un juez, por los que determinadas personas autorizadas u obligadas a ello, sin existir controversia normalmente, y en principio también con carácter voluntario, solicitan el cumplimiento de normas de Derecho privado, con el fin de obtener una resolución, por regla general de carácter constitutivo, a través de la cual, creen, modifiquen o supriman, según los casos previstos, estados o relaciones civiles o comerciales"

65 Al respecto de la ejecución quizás fuera conveniente tener en cuenta que la ejecución depende en gran medida de la parte, solo en Derecho Penal se ejecuta "de oficio".

66 FERRER BARQUERO, *ob. cit.* pp. 91 a 93

Tiene razón el autor últimamente citado cuando afirma que la respuesta a esta cuestión debe darse en función del bien jurídico que se estime protegido por los delitos de prevaricación judicial⁶⁷, y por ello consideramos que las resoluciones dictadas por jueces en el ámbito de la jurisdicción voluntaria pueden integrar el delito de prevaricación judicial, dado la definición que de la misma da el artículo 1, 2 de la ley de Jurisdicción voluntaria.

VI. SOBRE LA INJUSTICIA DE LA RESOLUCIÓN A LA LUZ DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Una de las cuestiones y problemas más debatidos en la doctrina y jurisprudencia es cuando se debe entender la resolución judicial como injusta. En Derecho Penal español el artículo 446 engloba resolución judicial y sentencia, extendiendo el ámbito de aplicación de este precepto a cualquier resolución dictada por el órgano judicial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional⁶⁸, por lo que deben excluirse otras decisiones que no signifiquen este ejercicio^{69,70}, como hemos dicho en el apartado anterior.

Brevemente, en la doctrina y jurisprudencia, se han mantenido diversas teorías para establecer la injusticia de la resolución judicial, la teoría subjetiva y la objetiva, la mixta y la teoría de los deberes. En este momento no hay partidarios de la primera de ellas, que haría descansar la valoración de la naturaleza de la decisión en la conciencia del juez que la emite, y de acuerdo con esto sería prevaricadora —por injusta— la resolución que fuera en contra de la convicción del juzgador, con independencia del texto legal a aplicar. Esta teoría supone en último término olvidar el imperio de la ley y la obligatoriedad de su aplicación por los integrantes del Poder Judicial. Principio de legalidad que obliga tanto en relación con la norma procesal como con la sustantiva; si atendemos a la teoría subjetiva una resolución “justa” puede ser obtenida por medios “injustos”, siempre que la convicción judicial se extienda a la oportunidad y corrección del medio empleado⁷¹.

Para la teoría objetiva, injusta es toda resolución que se aparte de la ley, que la contradice, con indepen-

dencia de la convicción de quien la emite. La teoría mixta exige que a la contradicción a Derecho se sume la tendencia a infringir la ley⁷²; sería injusta la resolución judicial que contradice objetivamente el Derecho y además subjetivamente contradice la convicción del juzgador. De esta forma, si la resolución no es acorde a Derecho, pero su emisor piensa que no lo contradice y responde a su convicción, no podrá ser considerada injusta. Teoría mixta no seguida en este momento, ya que realmente supone recoger características de la teoría subjetiva.

Por último una breve referencia a la teoría de los deberes, que para RAMOS TAPIA⁷³ sería intermedia entre la objetiva y subjetiva. La injusticia de la resolución radicaría en el abandono por el juez de los métodos jurídicos y reglas procesales. Siguiendo a la autora acabada de citar, el tipo objetivo de la prevaricación se cumpliría “*cuando el juez no aplica el Derecho como le resulta correcto*”, tras haber realizado un examen de acuerdo con las reglas jurídicas, ya que se parte de la tesis que las normas procesales y reglas de interpretación jurídica “*no son técnicas voluntarias sino la esencia de la aplicación del Derecho*”, por lo que una decisión no alcanzada de acuerdo con ellas no sería conforme a Derecho.

De acuerdo con esta tesis, una resolución judicial que podríamos considerar “conforme a Derecho”, a la que se llega por métodos procesales irregulares o siguiendo normas interpretativas no aceptadas en el ámbito jurídico, sería constitutiva de un delito de prevaricación judicial. La teoría de los deberes llega a considerar injusta aquella resolución judicial sobre una norma ambigua cuando contradice o se aplica “*en un determinado sentido, contrario a su propia convicción, o, guiado por motivos desviados*”⁷⁴.

Entendemos que la solución sobre la injusticia de la resolución judicial debe hacerse a la vista del bien jurídico protegido, que como ya hemos dicho, es la tutela judicial efectiva como derecho fundamental. Y al respecto, debe recordarse que uno de los aspectos de este derecho es el deber de motivación de las resoluciones judiciales, que solo se entiende cumplido cuando la resolución judicial se razona y expone en sentencia de

67 *Idem*, ob. cit. p. 92

68 Por jueces y tribunales se dictan más resoluciones que las sentencias, como pueden ser los autos o resoluciones que acuerdan la prisión provisional o incluso las relativas a la responsabilidad civil derivada de delito en Derecho Penal español.

69 En el mismo sentido PEDREIRA GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 96 y ss. Cuando el juez acuerda una resolución no jurisdiccional de carácter injusto, podrá cometer un delito de prevaricación administrativa.

70 *Idem*.

71 Lo que sin duda pondría en cuestión el respeto a los derechos humanos.

72 En este sentido ver PEDREIRA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 117

73 RAMOS TAPIA, ob. cit., pp. 314 y ss.

74 En este sentido JAÉN VALLEJO, *Arbitrio judicial: individualización de la pena, motivación y principios constitucionales*, en GIMENO SENDRA, QUERALT, MARTÍN PALLÍN Y MARCHENA GÓMEZ, “*Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*”, T I, Parte General, Madrid 1997, p. 173. En similar sentido RAMOS TAPIA, ob. cit., pp. 321 y ss.

acuerdo con criterios jurídicos. Ahora bien, la infracción de ese deber solo da lugar de acuerdo con jurisprudencia, doctrina constitucional y científica, a la nulidad de la resolución, pero no prejuzga la justicia o injusticia de la misma, por lo que la mera infracción del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24, 1 de la Constitución Española, no conlleva el calificativo de prevaricadora de la resolución judicial, para ello habrá que acreditar la concurrencia de los elementos típicos del art. 446. Pero la nulidad de la resolución por este motivo no implica de forma definitiva la ausencia de tipicidad. En este punto debe distinguirse entre los efectos para el ciudadano o la parte de la resolución judicial y la responsabilidad penal, disciplinaria o incluso la ausencia de ella, del emisor de la resolución. Lo mismo cabe decir del derecho a los recursos, comprendido en la tutela judicial efectiva del art. 24, 1 CE. Que el recurso contra una resolución sea estimado no debería prejuzgar su carácter prevaricador o no. La finalidad del recurso no es otra que la revocación de la resolución que se recurre, en concreto de su parte dispositiva, pero no establecer una determinada calificación penal de la misma; la resolución que se revoca puede o no ser constitutiva de un delito de prevaricación judicial.

Objetivamente las resoluciones judiciales deben ser acordes a lo dispuesto en la legislación, tanto en su aspecto sustantivo como formal; una prisión provisional se puede considerar adecuada en un determinado caso, pero si se ha acordado infringiendo las normas jurídicas al respecto no puede afirmarse que sea acorde a Derecho.

El problema de las normas ambiguas o susceptibles de varias interpretaciones, que para la teoría de los deberes o intermedia en palabras de JAÉN VALLEJO⁷⁵, debería resolverse acudiendo a la propia convicción del juzgador, consideramos que en gran medida es un problema ficticio; esa propia convicción solo será posible si a ella se llega por métodos o medios conformes con las normas jurídicas⁷⁶.

En resumen, será prevaricadora aquella resolución judicial a la que se llega con infracción de las normas formales o sustantivas, y que no puede considerarse razonablemente fruto de una interpretación conforme a las reglas jurídicas, con independencia de la convicción del juzgador; convicción que por otra parte solo

puede fundamentar una resolución cuando se llega a ella siguiendo esas reglas jurídicas. En caso contrario se tratará del pensamiento, idea o ideología del juez o tribunal que, obviamente no tiene que ser el mismo que se plasme en la legislación, pero que tampoco puede obligar⁷⁷.

Injusticia que para la jurisprudencia española no es preciso que sea manifiesta y patente, a diferencia de lo exigido para la prevaricación administrativa, así para la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 79/2012, de 9 de febrero, será injusta y prevaricadora la resolución que entra en *“una absoluta contradicción de la actuación judicial con la norma aplicada al caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho”*. Para la jurisprudencia y doctrina se consideran estos delitos de prevaricación judicial delitos de expertos o de técnicos.

Para la Sentencia del Tribunal Supremo 79/2012, de 9 de febrero, *“...De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, actúa solo por su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo. La superación del simple positivismo, que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución y, especialmente, de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituye al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable”*.

La Sentencia 2/99 del mismo Tribunal define la injusticia como *“una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada al caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho”*. Prevaricación que es problemas de hecho o de apreciación de la prueba (S.TS. 4 de junio de 1996).

A tenor de lo acabado de decir se debe considerar injusta una resolución o sentencia dictada en contradicción con la ley, sin que pueda responder a una interpretación razonable de la misma, tanto en sus aspectos

75 JAÉN VALLEJO, ob. cit., p. cit.

76 En la legislación española el Código Civil en su artículo 3, 1 establece los métodos interpretativos: *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*

77 Como señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, III*, 1992, p. 203, *“en términos generales cabe decir que el problema radica en que la justicia y la legalidad no siempre son términos coincidentes. Es posible que, en un caso concreto, lo legal no sea justo o, a la inversa, que lo ilegal no sea injusto. Admitido esto, también se estará de acuerdo en que si determinar qué es lo legal puede ser difícil y discutible, llegar a saber qué es lo justo puede ser inalcanzable”*. Estando de acuerdo con lo dicho por este autor, lo cierto es que el Estado de Derecho garantiza que la ley vigente responde a la voluntad de la generalidad.

formales como sustantivos. En definitiva, implica un apartamiento del Derecho (STS 79/2012, de 9 de febrero). Para Ramos Tapia⁷⁸ el control de la actuación judicial conforme a Derecho pasa por el control de la forma de obtener una determinada resolución, “*por la comprobación de si se han utilizado métodos interpretativos aceptados por el sistema jurídico y criterios racionales en el proceso de aplicación de la norma*”.

VII. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Lo que sigue no son más que unas reflexiones sobre los delitos denominados de prevaricación judicial, fruto de lo dicho en líneas anteriores de este trabajo.

1. Sobre la tipicidad subjetiva

Los arts. 446 y 447 CP recogen la prevaricación judicial dolosa e imprudente, a diferencia de la administrativa solo típica en su modalidad dolosa. Posiblemente la razón de la punibilidad de la prevaricación imprudente venga dada por su característica de “delito de técnicos”; los autores son aquellas personas a las que se las presume un conocimiento más exhaustivo del Derecho, únicos con competencia para la aplicación de la ley⁷⁹.

Se ha planteado en la doctrina y jurisprudencia la posibilidad de admitir la comisión del delito del art. 446 CP por dolo eventual. Polémica originada en gran medida por la inclusión de la expresión “*a sabiendas*”⁸⁰. Sin entrar ahora en la exposición de las diferentes tesis y posturas mantenidas al respecto, consideramos que la expresión utilizada por el texto penal no limita la comisión al dolo directo; a sabiendas solo indica en

el momento actual la necesidad de dolo por parte del autor del delito del art. 446 CP⁸¹; el juez o magistrado que dicte la resolución o sentencia debe conocer que se aparta de cualquier interpretación razonable de la norma jurídica de acuerdo con los criterios establecidos en el Código Civil⁸², además de la concurrencia del resto de los elementos típicos.

La discusión sobre la posibilidad de comisión del delito del art. 446 CP por dolo eventual, entendemos que tanto por la previsión de la modalidad imprudente en el art. 447 CP, como por su caracterización como acabamos de decir de “delito de técnicos o expertos”, no puede excluirse esta forma de dolo. Es cierto que como se señala por algunos autores⁸³ que los jueces y magistrados, obligados a resolver lo que se les somete, pueden plantearse la equivocación o error de su resolución de forma constante o a diario, pero ello no puede ser objeción para excluir la posibilidad de la comisión con dolo eventual. Es distinto plantearse si la resolución es la más correcta, que hacerlo sobre la injusticia, más partiendo de la idea de la existencia en muchos casos de más de una interpretación conforme a Derecho; cuando el juez se plantea que su resolución se aparta de la ley, que no responde a razonamiento al que se llega por alguno de los métodos interpretativos en Derecho, y a pesar de todo la emite, no puede descartarse la aplicación del delito de prevaricación dolosa. Resultaría, por otra parte, incoherente tipificar la comisión imprudente y excluir el dolo eventual, como tampoco parece posible incluir esta última modalidad de dolo en el art. 447 CP, en contra de lo sostenido por un sector de la doctrina⁸⁴; el dolo eventual no es una imprudencia, una infracción del deber objetivo de cuidado, ni tampoco una ignorancia inexcusable, el autor se representa la

78 RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 256

79 En relación con el conocimiento que se le supone a jueces y magistrados, no puede desconocerse en el momento actual la extensión de la legislación vigente. Es difícil que pueda exigirse a un determinado juez o magistrado un conocimiento total y completo de la ley; quizás por ello debería ser exigible partiendo de un conocimiento general, una especialización a los miembros de la judicatura.

80 Ampliamente exponiendo los orígenes e interpretación de “*a sabiendas*”, RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, pp. 390 y ss.

81 BACIGALUPO ZAPATER, “*Principios de Derecho penal*”, 4ª ed., Madrid, 1997, pp. 231 y ss.

82 RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 393, considera que el término “*a sabiendas*” hace referencia a la importancia del conocimiento “*en especial, de la injusticia de la resolución, es decir, del dolo de prevaricar*”

83 PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 126 y ss., expone las diversas tesis al respecto, aunque finaliza concluyendo la admisibilidad del dolo eventual.

84 GARCÍA ARÁN, “*La prevaricación judicial*”, Madrid, 1990, p. 133, que considera que en el delito de prevaricación judicial debe reducirse la esfera del dolo eventual a los casos de injusticia evidente, que reconduce a dos supuestos: que el juez conozca esa injusticia y por tanto actúa con dolo directo, o que no la conoce con lo que su actuación es imprudente o bien fruto de una ignorancia inexcusable, aunque aun admite un tercer supuesto cuando “*el juez alberga serias dudas sobre la vigencia de la norma que aplica, pese a lo cual fundamenta en ella su decisión sin cerciorarse de la aplicabilidad del precepto*” *ob. cit.*, p. 132, que considera imprudente, sin que como dice RAMOS TAPIA, *ob. cit.* p. 399 explique esta calificación y no como un supuesto doloso. En contra de la admisión del dolo eventual, FERNÁNDEZ ESPINAR, *ob. cit.* p. 864, que considera que debe otorgarse al juez un margen de duda superior para no coartar o limitar su capacidad interpretativa. No consideramos que la admisión del dolo eventual suponga limitar esa capacidad; cuando el juez se representa como probable o altamente probable la injusticia, no puede excluirse la calificación de delito de prevaricación dolosa.

alta probabilidad y a pesar de ello actúa⁸⁵. Por supuesto que en gran parte de los casos es posible razonablemente y de acuerdo con criterios de interpretación jurídica, más de una interpretación e incluso que la adoptada sea revocada, pero en tanto responda a esos criterios podrá ser objeto de revisión y revocación, pero no prevaricadora. La injusticia de la resolución pertenece a la tipicidad objetiva, mientras que el conocimiento de esta, o la infracción de la norma de cuidado o ignorancia inexcusable, lo es de la subjetiva.

2. Sobre la clasificación en relación con el tipo de procedimiento

Como ya dijimos en anteriores apartados de este trabajo, el art. 446 distingue en orden a la penalidad dependiendo si se trata de sentencia dictada en procedimiento penal, y dentro de este en función de la gravedad del delito, que en el caso de ser por delitos graves o menos graves estará también condicionada por la ejecución o no de la sentencia. El número 3 de este precepto se dedica a cualquier resolución o sentencia dictada en otro procedimiento.

En realidad los números 1 y 2 regulan exclusivamente la sentencia injusta dictada en procedimiento penal; los autos y providencias acordadas en cualquier otra fase del procedimiento serán subsumibles en el número 3, al igual que cualquier clase de resolución o sentencia dictada en otras jurisdicciones.

Ni la diferenciación, ni tampoco condicionar la pena a la gravedad del delito en los números 1 y 2, o a la ejecución de la sentencia en el primero de ellos, está justificada. Como ya hemos adelantado la lesión al bien jurídico protegido no puede condicionarse en su gravedad al tipo de procedimiento; el derecho es igual en cualquier caso. Pero si por razones en las que no vamos a entrar, se ha considerado que debe diferenciarse, no se entiende que en los siguientes preceptos (arts. 448 y 449) se omitan.

Realmente estos tipos delictivos, que para jurisprudencia y doctrina parecen revestir una especial gravedad en función de la condición del autor⁸⁶, no parecen recoger esa valoración en su penalidad; salvo el supuesto del art. 446, 1 CP, en el resto de los preceptos la pena es siempre una pecuniaria, junto con la privativa de derechos. No somos partidarios de una exacerbación de las penas, pero tampoco se puede obviar que se trata de hechos cometidos por las personas que tienen en exclusiva la competencia para aplicar las leyes y hacerlas cumplir, integrantes de uno de los poderes del Estado de Derecho, y que aún cuando no sea objeto jurídico del delito el interés o derecho particular que puede lesionar la resolución injusta, es un hecho que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva va a causar siempre un impacto en él. No son “delitos sin víctimas”, denominación no excesivamente afortunada en tanto no puede existir alguno que no produzca “víctimas”; cuestión distinta es la percepción más o menos cercana de la lesión —aun ideal— por la sociedad.

85 Para PEDREIRA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 134 y 135, estas exigencias en la tipicidad subjetiva intentan dar respuesta a la falta de certeza del Derecho y a las repercusiones sobre la independencia judicial de las tesis que estiman que solo hay una respuesta correcta, siendo injusta cualquier otra resolución, y para ello se incrementan las exigencias subjetivas, o se mezclan estas con las objetivas, y que “terminan dando lugar a paradojas valorativas y sistemáticas difícilmente asumibles”

86 No nos referimos a condiciones personales, sino a las profesionales y competenciales.